

**REVISTA IBEROAMERICANA
DE
DERECHO INTERNACIONAL
Y DE LA
INTEGRACIÓN**

NÚMERO 10

JUNIO 2019



DIRECTORES

Dra. Luciana B. SCOTTI
Mgter. Leopoldo M. A. GODIO

COORDINACIÓN GENERAL

Leandro BALTAR

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Mariana ANTÓN PÉREZ

COORDINADORES POR SECCIÓN

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: Dra. Luciane KLEIN VIEIRA
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: Mgter. Agustina N. VÁZQUEZ /
LAURA D. JAROSLAVSKY CONSOLI
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN: Dra. Ma. Celia MARTÍNEZ
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN: Mgter. Alexis Rodrigo LABORIAS

CONSEJO ACADÉMICO

Mercedes Albornoz (CIDE, México) - Renata Alvares Gaspar (PUC-Campinas/SP, Brasil) - Walter Arévalo Ramírez (UROSARIO, Colombia) - Ricardo Arredondo (UBA, Argentina) - Bruno Ayllon Pino (UCM, España) - Mercedes Botto (FLACSO, Argentina) - Luis F. Castillo Argañarás (UADE-UNLZ, Argentina) - José Alejandro Consigli (UBP, Argentina) - Susana Czar de Zaldueño (UNIBO, Argentina) - Alberto L. Davèrède (UCA, Argentina) - Zlata Drnas de Clément (UNC, Argentina) - Carlos D. Espósito (UAM, España) - Alejandro Menicocci (UNR, Argentina) - Sandra C. Negro (UBA, Argentina) - Juan Pablo Pampillo Baliño (UNAM, México) - Juliana Peixoto Batista (FLACSO, Argentina) - María Teresa Ponte Iglesias (USC, España) - Mariela Rabino (UBA, Argentina) - Nieve Rubaja (UBA, Argentina) - Roberto Ruiz Díaz Labrano (UNA, Paraguay) - Juan C. Sainz Borgo (UCV, Venezuela) - Rubén Santos Belandro (UNR, Uruguay) - Christian G. Sommer (UNC-UCC, Argentina) - Attila M. Tanzi (UNIBO, Italia) - Eduardo Tellechea Bergman (UNR, Uruguay) - Luis Renato Vedovato (UEC, Brasil)

COMITÉ DE REDACCIÓN

Florencia Albornoz - María Belén Bastone - Sonia Beldi Lugris - Jonathan M. Brodsky - Julio C. Ielpi Boyero - María Echaide - Verónica La Roca - Sebastián Melano - Sofía Parra Senfet - Luciano Pezzano - Facundo D. Rodríguez - Germán Romera - Rubén O. Romero - Julián Rotenberg

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- 1.- RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar; “Pluralidad normativa y autonomía de la relación privada internacional en el ordenamiento español”.....2
- 2.- SANTOS BELANDRO, Rubén; “El abandono de un método único a favor de una pluralidad metodológica, implica una renovación de los objetivos del derecho internacional privado?”.....33
- 3.- BOUTIN, Gilberto; “Sobre la deconstrucción del orden público de civilización y la autodefensa del derecho internacional privado nacional”65
- 4.- DE LA ROSA, Fernando E.; “Tecnología de la información y de la comunicación y resolución de litigios: el modelo europeo de promoción del ODR en el ámbito de los litigios de consumo”.....86
- 5.- Montserrat, GUZMÁN PECES; “El acceso a la nacionalidad española: propuestas de reforma del sistema vigente”.....108

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- 6.- GUIADO LITTERIO, Tomás M.; “El papel del derecho internacional general en la determinación de la nacionalidad del inversor en el marco de un tratado bilateral de inversión”.....136
- 7.- HERNÁNDEZ APARICIO, Celia A.; “Efectos del cambio climático en el régimen internacional de los océanos”.....169

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

- 8.- BALTAR, Leandro; “Resolución de controversias en el Mercosur: a propósito de la resolución plenaria N°3/2019 del tribunal permanente de revisión”.....185
- 9.- FLEITAS DE LEÓN, Luis A.; “Sobre la posibilidad jurídica del Estado uruguayo de negociar, por sí y al margen del Mercosur, acuerdos comerciales con otros Estados y bloques de Estados”.....195

JURISPRUDENCIA COMENTADA

- 10.- BELDI LUGRIS, Sonia y ANDREA URMENETA, Julieta; “Aspectos procesales del reconocimiento de sentencia extranjera a la luz del fallo “C., W. E. s/ otras diligencias”....216
- 11.- LEAL, Susana Ester; “Sobre la correcta utilización de fuentes en el Derecho Internacional Privado. Comentario al fallo “Escobar de Meaurio, Mavis Rosa s/sucesión ab-intestato” (CNA Civil, Sala I)”.....229

12.- MARCOTE, Natacha N. y OSORIO, Juan; ““El caso Saur International SA Vs. República Argentina N° ARB/04/4”.....238

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

13.- Novedades Jurisprudenciales248

14.- Novedades Legislativas250

CONVOCATORIA A CONTRIBUIR EN LA REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**PLURALIDAD NORMATIVA Y AUTONOMÍA DE LA RELACIÓN PRIVADA
INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

*Pilar RODRÍGUEZ MATEOS**

Recibido: 10.04.19

Aceptado:13.05.19

Resumen: Se aborda la incidencia que sobre un determinado ordenamiento jurídico estatal pueden tener la internacionalización misma de las relaciones privadas y la diversificación de las fuentes de Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr.) Así, se ejemplifica cómo la proliferación de normas convencionales y europeas ha alterado la configuración de algunas instituciones internas de derecho civil español, sobre todo relacionadas con el derecho de familia. Y, particularmente referido al derecho de la Unión Europea, se pone de manifiesto cómo la especialidad de las relaciones privadas intracomunitarias, permiten referirse en la actualidad a un estatus civil europeo. Paralelamente, se destaca la complejidad a la hora de delimitar la norma aplicable a un determinado supuesto, así como la incoherencia de algunos resultados.

Palabras claves: Reconocimiento mutuo - Derecho estatal y Derecho convencional - Complejidad del sistema- Posibles incoherencias.

**Plurality Regulations and autonomy of the international private
relationship in the Spanish legal system**

Abstract: This essay highlights the potential impact upon the legal system of the combination of two circumstances: the internationalization itself of private relationships and the diversification of the rules of international law destined to regulate them. Thus, examples are given of how proliferation of conventional rules has changed the configuration of certain internal institutions of Spanish civil law, especially those related to family law. And, particularly about European Union law, it is shown how the special features of private relationships inside the European Union make it possible to talk nowadays about a civil European status. At the same time, the complexities arising when it comes to delimit the rule applicable to a certain assumption is highlighted, as well as the incoherence of some results.

Key words: Mutual recognition principle - State law and conventional law – System complexity – Possible incoherences.

* Catedrática de Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo (España). Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo (EURODER-UNIOVI-IDI/2018/000187). Publicaciones científicas en temáticas diferenciadas. Participación en Proyectos de Investigación subvencionados, cuatro de ellos como investigadora principal. Académica de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. El contenido de este trabajo es una actualización del discurso de ingreso en dicha Academia y se adscribe al Proyecto Nacional DER2017-86017-R.

I. Introducción

1. Relaciones jurídicas, normas y sectores del Derecho Internacional Privado

En este trabajo pretendo destacar cómo una misma institución de derecho privado puede ver alterado su régimen jurídico material a partir de dos circunstancias: el carácter internacional de las relaciones que se integran en dicha institución y la diversificación de las fuentes de derecho internacional privado (en adelante DIPr.) llamadas a regularla, especialmente el derecho convencional y el derecho de la Unión Europea. La realidad de esta regulación diferenciada no es técnicamente novedosa, pero sí lo es la intensidad y la complejidad que la caracterizan en la actualidad, lo que justifica su exposición y, sobre todo, su valoración.

Más allá del ineludible análisis exegético y sistemático de las normas implicadas, el tratamiento de estos contenidos requiere considerar, aunque con muy distinta intensidad, dos aspectos.

Por un lado, debe afrontarse una realidad normativa compleja: la imbricación entre los distintos ámbitos de producción de las normas (convencional, europeo y estatal) y los sectores del DIPr. en los que se manifiesta la relación privada internacional (competencia de autoridades, determinación del derecho aplicable y continuidad en el espacio de actos, decisiones y documentos). Precisamente la pluralidad de fuentes de regulación que afecta a cada uno de estos sectores, en relación a materias muy diversas, permite actuar a la relación privada internacional como un elemento dinamizador de nuevas calificaciones y regulaciones en el actual derecho privado español. Adelanto que en este punto dedicaré una especial atención al proceso de europeización del DIPr., procurando mostrar, a través de una batería de ejemplos, sus resultados tan ambiciosos como, en puntuales ocasiones, poco equilibrados.

Aunque el estudio de esta realidad compleja es el núcleo de este trabajo, también mencionaré, por otro lado, la evolución del contexto institucional y doctrinal en el que se han ido asentando dicha realidad. Esta mención se hará con rasgos muy gruesos, pues tiene una finalidad meramente instrumental, la de “apuntalar” posteriores conclusiones en torno a la conexión entre las relaciones jurídicas, las fuentes de regulación y los sectores del contenido del DIPr. Por esta razón, haré una breve referencia a esta evolución doctrinal en esta misma introducción, que permita situarnos en el punto de partida de las nuevas realidades, especialmente por lo que respecta al sistema español.

2. El contexto doctrinal

En este sentido, cabe recordar que la doctrina en torno a la relación privada internacional recibió su principal impulso en el sector del derecho aplicable; concretamente a partir de que

F.C. de Savigny introdujera una nueva forma de razonar en torno a la aplicación de la ley en el espacio¹, que pasaba por localizar la relación jurídica en lo que el autor denominaba su sede natural².

Este proceso de designación racional de la sede de la relación jurídica³ supuso que, por imposición de un derecho estatal, y no del derecho internacional general, podía llegarse al extremo máximo de cooperación: que dicha relación jurídica quedase sometida a las normas de un derecho extranjero. Esta construcción, lejos de ser ideológicamente aséptica⁴, traducía al ámbito jurídico las tensiones y ambiciones políticas y sociales de una época, principios del siglo XIX. En efecto, para propiciar el crecimiento de una burguesía liberal emergente y la consolidación de la realidad estatal en la que dicha burguesía se reforzaba, nada mejor que una técnica universalista como la descrita para expandir el poder y el particularismo de los Estados, de sus respectivos derechos y de sus respectivas concepciones fundamentales⁵. Así, excepción hecha de las puntuales regulaciones que pudiesen afectar al orden público internacional, lo que restaba era un conjunto de ordenamientos estatales autónomos claramente compatibles entre sí, cuya designación, a través de la técnica de la norma de conflicto bilateral, se alejaba de los tradicionales principios de territorialidad o personalidad, hasta entonces imperantes.

Aunque la vinculación ideológica y cronológica entre la norma de conflicto bilateral formulada por F.C. de Savigny y el nacimiento del Estado es evidente⁶, no debe, sin embargo, anudarse de forma excluyente la evolución de ambos extremos. De hecho, en contextos que tampoco son ajenos a la idea de Estado también han podido observarse otras formas de selección del derecho aplicable distintas a la norma de conflicto bilateral. Un ejemplo de ello es el proceso de selección del derecho aplicable a partir de la doctrina del “*Governmental Interest Analysis*”⁷, que se genera en el marco de unos Estados que, a pesar de estar vinculados por la existencia de un derecho federal común, mantienen una autonomía legislativa y jurisdiccional

¹ Vid. SAVIGNY, F.C., *Sistema de Derecho romano actual* (vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley), t. VI, Madrid, F. Góngora y compañía ed., 1879

² Sede que podía corresponderse con el derecho del foro o con un derecho extranjero.

³ Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Rec. des Cours.*, t. 287 (2000, tiré à part), pp. 13 y ss., esp. pp. 50 y ss.

⁴ De hecho, Míaia de la Muela se refería a una técnica (la norma de conflicto bilateral) al servicio de un sistema de valores, básicamente la armonía internacional de soluciones (cf. MIAJA DE LA MUELA, A. “L’influence de D. Maury sur les spécialistes espagnols du droit international privé”, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I (*droit international privé et public*), París, Dalloz/Sirey, 1960, pp. 293 y ss., esp. p. 300.

⁵ Vid. NEUHAUS, P. H., “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, *RebelsZ.*, 1949-1950, pp. 364-381.

⁶ Esta construcción reforzaba la idea de Estado y la producción normativa estatal, pero con soluciones universales.

⁷ Especialmente representada en sus orígenes por B. Currie (CURRIE, B. *Selected Essays on Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963).

que permite la equiparación de las relaciones internas e internacionales⁸. Así, una determinada norma no resultaría aplicable por corresponder al derecho que ha sido designado como la sede natural de la relación, sino simplemente por corresponder al derecho del foro⁹. Y, si el derecho del foro no apareciese implicado en los hechos del litigio, el juez aplicaría, de entre todas las normas extranjeras implicadas, aquélla que presentase un “interés” mayor que el resto en ser aplicada¹⁰.

En este contexto, y por lo que respecta al ordenamiento español, podían apreciarse dos realidades contrapuestas: por un lado, la riqueza de los nuevos tratamientos doctrinales; por otro, la parquedad del sistema español de DIPr.¹¹ y su escasa aplicación por la práctica forense. Ante esta situación, la doctrina española optó por lo único razonable: interpretar, criticar y, en la medida de lo posible, enriquecer el exiguo sistema español a la luz de las doctrinas y ordenamientos extranjeros estacionalmente innovadores. En pos de esta tarea, se delimitó el contenido del DIPr.¹², se confrontó su eventual dimensión interna¹³, se profundizó en la función normativa del objeto¹⁴ y, por lo que respecta a las técnicas de regulación, se planteó una perspectiva funcional de la norma de conflicto¹⁵.

Precisamente esta teorización en torno al sistema español obligó a tener en cuenta perspectivas de regulación si no contrarias, sí alejadas de las habituales en el ámbito continental, como puedan ser las aludidas doctrinas norteamericanas. La “aproximación” entre estas y las posiciones conflictualistas continentales supuso la propuesta de normas de conflicto bilaterales flexibles y materialmente orientadas, por contraposición a la rigidez y neutralidad del

⁸ Vid. SEDLER, R.A., “American Federalism, State Sovereignty and the Interest Analysis Approach to the Choice of Law”, en NAFZIGER, J.A.R. y SYMEONIDES, S.C. (Eds.), *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Nueva York, Transnational Publishers, 2002, pp. 369 y ss.

⁹ Sobre la presunción general a favor de la aplicación de las normas del derecho del foro, vid. KEY, H.H., “A Defense of Currie’s Governmental Interest Analysis”, *Rec. des Cours*, t. 215 (1989-III), pp. 19 y ss., esp. pp. 73 y ss.

¹⁰ No existe, pues, la referencia a un sistema, sino la selección de normas específicas cuya aplicación va a depender precisamente del interés que un determinado Estado muestre en la salvaguarda de las *polícies* contenidas en dichas normas que, en todo caso, deben apreciarse como si el asunto se tratara de una controversia interna (cf. PONSÁK, B., “Choice of Law: Interest Analysis and its «New Critics»”, *American Journ. Comp. Law.*, vol. 36, n° 4, 1988, pp. 681 y ss., esp. p. 687). Vid. BAXTER, I.F.G., “International Business and Choice of Law”, *Int. Comp. Law Quarterly*, vol. 37, 1987, pp. 92 y ss., esp. p. 100.

¹¹ Vid. la reforma del Título Preliminar del Código civil por Decreto 1846/1974, de 31 de mayo. Su exposición de motivos mencionaba la plena acogida por el legislador español de la técnica conflictual bilateral (BOE, 9-VII-1974).

¹² En torno a la posición amplia sustentada sobre las relaciones estructurales entre nacionalidad, extranjería, derecho aplicable, competencia judicial internacional y reconocimiento de actos y decisiones extranjeras vid. por todos FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Sobre el contenido del Derecho internacional privado (I)”, *Rev. Española Derecho Internacional*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 68-108.

¹³ Vid. ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derecho civiles forales*, Madrid, Tecnos, 1987; *id. Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988.

¹⁴ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *Anuario Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151.

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P. “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *Rev. Española Derecho Internacional*, vol. XL, 1988-1, pp. 80-126.

bilateralismo clásico¹⁶, al tiempo que la doctrina norteamericana comenzó a matizar el *legeforismo* derivado de su “análisis de intereses”, planteando el derecho del individuo a no verse afectado de forma injustificada por los actos de una determinada autoridad estatal¹⁷.

A finales de los años ochenta se produjo un punto de inflexión en la práctica española a raíz de la decisiva incorporación de España a numerosos convenios multilaterales. Ello supuso la aparición de una jurisprudencia más elaborada y sensible con la internacionalización de las relaciones jurídico-privadas y de sus normas reguladoras. La aplicación de estas nuevas normas convencionales fue, no obstante, dispar: generalmente, tímida e insuficiente, aunque también hubo excesos en la invocación “a mayor abundamiento” de convenios que no eran aplicables al caso y que excedía incluso lo que podría considerarse una aplicación normal de normas narrativas o *soft law*.

En cualquier caso, la proliferación pausada de fuentes convencionales, primero, y del derecho comunitario, poco después, produjo dos efectos generales en el ordenamiento español: alteraciones en la regulación de determinadas instituciones de derecho civil, sobre todo relacionadas con el derecho de familia, y una mayor y lógica complejidad a la hora de delimitar la norma aplicable a un supuesto. En general, estos efectos pueden ser predicables tanto del derecho convencional como del derecho de la Unión Europea, por ello van a marcar la pauta de las siguientes reflexiones. Sin embargo, la especial relevancia del derecho de la Unión Europea aconseja un tratamiento más amplio de las consecuencias en el ordenamiento español del principio europeo de reconocimiento mutuo.

II. Reconocimiento de relaciones ajenas al ordenamiento español

1. Derecho convencional y filiación adoptiva

El ordenamiento civil español solo conoce una adopción plena, irrevocable, con ruptura de lazos entre el adoptando y su familia de sangre y que genera un vínculo de filiación igual al derivado de la filiación por naturaleza. Sin embargo, la simplicidad de esta afirmación se vio alterada cuando, en 1995, España se incorporó al Convenio de La Haya de 1993¹⁸, que regula la cooperación de autoridades y el reconocimiento en España de adopciones constituidas en otros

¹⁶ Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios en homenaje al Profesor A. Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239 y ss.

¹⁷ Que se traduce en límites impuestos por la Constitución al legislador para lograr un mínimo de uniformidad en las soluciones de los diferentes sistemas a la selección del derecho aplicable (por ejemplo, las cláusulas “*Due Process*” y “*Full Faith and Credit*”). Vid. estas consideraciones, entre otros, en BRILLMAYER, L. “Rights, Fairness and Choice of Law”, *Yale L.J.*, vol. 98, num. 7, 1989, pp. 1277 y ss., esp. p. 1295; *id.*, “Post-Modernism in American Choice of Law”, *Liber Amicorum F. Laurent*, Bruselas, Story-Scientia, 1989, pp. 695 y ss., esp. pp. 703 y ss.

¹⁸ Relativo a la protección y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE, 1-VIII-1995).

Estados contratantes. Según este Convenio, el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento de un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado; pero, a partir de este “mínimo irrenunciable”, el Convenio trata de asumir y armonizar las diferentes regulaciones y concepciones de los Estados parte en materia de adopción. En concreto, mantiene una posición ajena al derecho español en lo que se refiere a la ruptura de lazos entre el adoptado y su familia de sangre, declarando en su artículo 26 que el reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento de la ruptura del vínculo de filiación preexiste solo si este efecto se produce en el Estado –extranjero- en el que se ha constituido la adopción¹⁹. Si no fuera así, para que se produjera tal ruptura en España habría que proceder a la transformación de la adopción en adopción española, cumpliendo con los requisitos del artículo 27 del citado Convenio.

Lo relevante de esta solución convencional es que permitió reconocer en España adopciones inexistentes en el derecho español, es decir, adopciones constituidas en Estados parte del Convenio y que no producían ruptura de lazos con la familia de sangre. Y fue tal el predicamento que tuvo esta posibilidad, que, a día de hoy, ya no deriva solo de la aplicación del Convenio, sino que ha sido incorporada a las normas internas españolas sobre reconocimiento de adopciones extranjeras. Así, el artículo 30 (1º y 2º) de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, posibilita la eficacia en España de adopciones –simples o no plenas- extranjeras si se ajustan a la ley designada por el artículo 9.4º del Código Civil²⁰, ley que determinará su existencia, validez y efectos así como la atribución de patria potestad.²¹ Si dicha ley de la residencia habitual del menor atribuye a los adoptantes la patria potestad, al margen de que prevea una mayor o menor ruptura del vínculo con la familia de sangre, cabe entender que tal adopción simple es una filiación, aunque no sea inscribible como adopción en el Registro

¹⁹ Art. 26 c) del Convenio de La Haya de 1993. Sobre la ruptura de vínculos con la familia de sangre, *vid.* el art. 11 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (Instrumento de ratificación: *BOE*, 13-VII-2011).

²⁰ Según el art. 9.4º del Código Civil, la ley aplicable al contenido de la filiación por naturaleza o por adopción y al ejercicio de la responsabilidad parental se determinará con arreglo al 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 (*BOE*, 2-XII-2010). En virtud de los arts. 16 y 17 de dicho Convenio, dicha ley es la de la residencia habitual del menor.

²¹ El art. 30. 4º de la Ley de Adopción Internacional también permite, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, *convertir* la adopción simple extranjera en adopción plena española; a estos solos efectos, lo constituido en el extranjero sí podrá ser considerado como un acogimiento familiar (preadoptivo) y, por tanto, eximir de la necesidad de propuesta previa de adopción por las autoridades administrativas. Dicha conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución y deberá cumplir las garantías de información y consentimientos recogidos en el precepto que nos ocupa, así como lo previsto en el art. 42 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (*BOE*, 3-VII-2015, corrección de errores, *ibid.*, 2-IX-2015). En general, *vid.* RODRÍGUEZ MATEOS, P. Y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A, “Spanish Practice in Respect of Intercountry Adoption”, *Spanish Yearbook Int. Law*, vol. XV, 2009, pp. 107 y ss., esp. pp. 130 y ss. *Vid.* esta Ley 54/2007 (*BOE*, 29-XII-2007) según la versión dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE*, 29-VII-2015). *Vid.* el R. Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, *BOE*, 4-IV-2019).

Civil español. A ello coadyuva el hecho de que el artículo 34 de la Ley 54/2007 -ubicado en el Título III referido a otras medidas de protección de menores distintas de la adopción a la que se refiere el Título II- declare que si la institución extranjera no comportase ningún vínculo de filiación según la ley de constitución, no sería reconocida como adopción, ni siquiera simple, sino que se equipararía al acogimiento familiar o a la tutela, siempre que cumpla los requisitos previstos en el precepto²². Así, la adopción simple extranjera será o no reconocida como filiación a partir de lo dispuesto en la ley reclamada por el artículo 9.4º del Código Civil, de modo que si esta ley la considera filiación, en España no debe ser calificada como otra cosa, por ejemplo, como un acogimiento. Es este un claro ejemplo de la posible eficacia en España de instituciones desconocidas para el Derecho civil español, sin perjuicio de que su reconocimiento no pueda practicarse a través de su inscripción en el Registro Civil español como adopción española. Tampoco comportaría para el menor extranjero la atribución de la nacionalidad española de origen, que sí se deriva de su adopción –plena- por un español (*vid.* arts. 30.3º de la Ley de Adopción Internacional, en relación con el artículo 19 del Código civil).

2. Orden público y gestación subrogada

Continuando con la materia de filiación, en este caso por naturaleza, es de destacar la identificación del expediente de orden público internacional con el interés del menor²³. Ello es una constante en todos los instrumentos que se refieren al menor comenzando por la norma matriz, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²⁴. Precisamente esta necesaria interpretación del orden público en clave de interés del menor puede interferir en un aspecto controvertido y actual, cual es la introducción de filiaciones ajenas o contrarias a los valores, regulaciones e instituciones internas, como puede ser el caso de la gestación subrogada.

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014²⁵ frenó esta posibilidad en relación con una filiación constituida en California por dos españoles a través

²² En sentido contrario, también es cierto que la ausencia de equivalencia de esta situación adoptiva con la filiación por naturaleza y su homóloga adopción plena ha permitido cuestionar su consideración de filiación y estimarla como una mera institución protectora del menor. *Cf.* en este sentido las consideraciones de ESPINAR VICENTE, J.M., “La Ley 20/2011 de Registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *Anuario Español Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 485 y ss., esp. pp. 508-510.

²³ *Vid.* VELA SÁNCHEZ, A.J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *La Ley*, nº 8162, 3- X-13.

²⁴ En vigor para España desde el 5 de enero de 1991 (*BOE*, 31-XII-1990). *Vid.* RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989”, *Rev. Española Derecho Internacional*, vol. XLIV, 1992-2, pp. 465-498.

²⁵ Sala de lo Civil/Pleno (*La Ley*, nº 8251, 14-II-2014). *Vid.* SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *ibid.*, nº 8293, 15-IV-2014; DE TORRES PEREA, J.M., “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva

de un vientre de alquiler. Para ello, el TS argumentó que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretendía era frontalmente contraria al artículo 10 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida²⁶ y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impedía la inscripción de la filiación extranjera en los Registros españoles. Sin embargo, en el fundamento séptimo de la sentencia se admite el efecto atenuado del orden público; concretamente, se afirma que el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público “atenuado” y que la intensidad de esta atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. Trasladado al caso concreto, esta atenuación sería “cero” dado que se trataba de dos varones españoles y residentes en España que se trasladan puntualmente a California para eludir la ley española. Pero, a *sensu contrario*, cabría plantearse cuál habría sido la solución de no existir esta absoluta vinculación con España por razón nacionalidad y residencia, por ejemplo, si estos dos varones tuviesen la doble nacionalidad hispano-estadounidense o, siendo únicamente españoles, residieran en el extranjero.

Es importante precisar que lo que denegó el TS fue la inscripción en el Registro consular español de una *certificación* de nacimiento expedida por el Registro californiano, no de una decisión judicial. Es decir, denegó la inscripción de la filiación de los menores gestados por la madre de alquiler, que inicialmente había sido autorizada por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009²⁷ al utilizar como título inscribible la certificación registral californiana²⁸. Pero, mientras continuaba el proceso judicial y los sucesivos recursos a esta Resolución hasta llegar al TS, la DGRN ya había fijado una nueva doctrina²⁹ en la decisiva Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral

del interés del menor, *ibid.*, nº 8281, 28-III-14; VELA SÁNCHEZ, A.J., Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español”, *ibid.*, nº 8279, 26-III-2014.

²⁶ Que declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución. *Vid.* Sent. 826/2011, de la Audiencia Provincial de Valencia (secc. 10), de 23 de noviembre de 2011 (*Aranzadi Westlaw*: RJ/2011/420242; *Anuario Español Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 1117 y ss. *Vid.* nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en *Rev. Española Derecho Internacional*, vol. LXIV, 2012-1, pp. 214 y ss.

²⁷ *Aranzadi Westlaw*: RJ/2009/1735. *Vid.* comentarios de QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (*Rev. Española Derecho Internacional*, vol. LXI, 2009-1, pp. 215 y ss.) y OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (*Anuario Español Derecho Internacional Privado*, vol. 12, 2012, 1244-1252).

²⁸ Tal como señala HEREDIA CERVANTES, I. (“La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, pp. 668-715) esta Resolución de 2009 ignora que el título inscribible era la propia decisión judicial extranjera y no la mera certificación extranjera, lo cual es inconciliable con la naturaleza y funciones que el ordenamiento jurídico español atribuye a nuestro Registro Civil (*cf.* p. 698). En este sentido, basta observar cómo el artículo 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, 22-VII-2011) declara que “...en el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro...”. Sobre la completa entrada en vigor de esta Ley 20/2011 (30 de junio de 2020) *vid.* su disposición final décima.

²⁹ *Cf.* PARRÓN CAMBERO, M.J., “Mater Semper certa est, pater Semper incertus est”, *La Ley*, nº 8269, 12-III-14.

de la maternidad por sustitución³⁰. En efecto, esta Instrucción admite la inscripción de nacimiento de nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución siempre que, entre otros aspectos, queden garantizados el interés del menor y la libertad y los derechos procesales de la madre gestante. Y para ello, es condición necesaria que exista y se presente no una mera certificación de Registro extranjero, sino una *resolución* judicial dictada por autoridad competente. Esta resolución judicial, salvo otra cosa dispuesta en convenio internacional, será objeto de reconocimiento automático/incidental por el encargado del Registro civil español, si se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, o de homologación a través del procedimiento de exequátur, si se trata de una sentencia contenciosa. Según esta nueva doctrina registral, tampoco la propia DGRN hubiera permitido la inscripción que dio lugar al procedimiento ante el TS, como tampoco ha permitido, por ejemplo, la inscripción de dos gemelas igualmente nacidas en California al no presentar una resolución atributiva de la filiación dictada por juez competente y reconocida en España, sino simplemente el informe hospitalario con su correspondiente factura³¹.

En este punto debe retenerse la impronta de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, en un corto espacio de tiempo, “obligó” al legislador a un replanteamiento de sus posiciones. En efecto, basta recordar que, en primer lugar, el artículo Segundo del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, presentado el 13 de junio de 2014, instaba a consignar en el Registro civil la filiación materna correspondiente a la madre gestante³², madre que, en principio, no prevé ni desea serlo. Sin embargo, poco después, las Sentencias del TEDH en los asuntos *Labassee y Mennesson contra Francia* establecieron la obligatoriedad de inscribir a los nacidos mediante gestación subrogada. Concretamente el TEDH consideró que el no reconocimiento en Francia de una filiación subrogada extranjera afecta al derecho de menor a establecer su parentesco y una *identidad única*; por lo tanto, afecta al derecho a la vida privada

³⁰ BOE, 7-X-2010.

³¹ Cf. PARRÓN CAMBERO, M.J., “Mater Semper...” (*cit*) haciendo referencia a la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 2013. *Vid.* una reflexión general y de derecho comparado en torno a la gestación por sustitución en CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 45-113.

³² Este artículo pretendía modificar el artículo 44 de la mencionada Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: *Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*. “La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, queda modificada como sigue: Uno. El art. 44 queda redactado del siguiente modo: “(...) 7. *En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur*”.

contenido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos³³. En atención a esta doctrina del TEDH, el Ministerio de Justicia español dio marcha atrás en aquella pretendida obligación de consignar en el Registro la identidad de la madre gestante y, a través de una Circular de 10 de julio de 2014, autorizó a los cónsules españoles a continuar aplicando la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. En cualquier caso, incluso esta última Instrucción según la cual no es suficiente presentar en el Registro una mera certificación de Registro extranjero sino una *resolución* judicial dictada por autoridad competente, ha “padecido los vaivenes” originados por la falta de un tratamiento legislativo³⁴. En el momento actual, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dispone que las “solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”³⁵.

Aunque desde un punto de vista registral, la situación se solucione haciendo constar la filiación paterna del donante y la filiación materna desconocida, no debe olvidarse la conclusión del TS en el sentido de que estas filiaciones son contrarias al orden público español. Lo incierto de la situación aconseja una reflexión profunda y aséptica que permita alcanzar una respuesta legislativa clara, es decir, un tratamiento de la filiación subrogada desde el derecho substantivo español³⁶. Como hemos referido, hasta el momento, el legislador se ha limitado a afrontar esta

³³ Vid. Sentencias de 26 de junio de 2014, “...Their right to respect for their private life, which implied that everyone should be able to establish the essence of his or her identity, including his or her parentage, was significantly affected. There was therefore a serious issue as to the compatibility of the situation with the children’s best interests, which must guide any decision concerning them”. Vid. el comentario a estas Sentencias de JIMÉNEZ BLANCO, P. en *Rev. Española de Derecho Internacional*, vol. 67-I, 2015, pp. 238-241.

³⁴ Ya señalado por VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el Registro Civil español”, *La Ley*, nº 8415, 2014, pp. 1-14, esp. p. 9. Para apreciar estos vaivenes basta tener en cuenta que el 14 de febrero de 2019, la DGRN emitió una Instrucción sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. En esta se permitía la inscripción de niños concebidos en el extranjero por gestación por sustitución mediante la presentación de una prueba de ADN que certificara la paternidad o maternidad de uno de los progenitores (es decir, sin necesidad de la resolución). Sin embargo, solo dos días después, el Gobierno la deja sin efecto, volviendo así a activarse la exigencia de resolución prevista por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (*vid. Conflictus Legum*, FeedBlitz<feedblitz@mail.feedblitz.com> 17-02-2018). De momento, la Instrucción de 18 de febrero mantiene y refuerza esta exigencia de sentencia reconocible en España (*vid. texto y nota siguiente*).

³⁵ Según esta Instrucción de 18 de febrero de 2019 (*BOE* de 21-II-2019), el encargado del Registro Civil consular suspende la inscripción y notifica, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil. El solicitante puede obtener permisos del menor para viajar a España y, una vez en España se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

cuestión de forma oscilante e improvisada desde la perspectiva registral. Entretanto, es posible que la solución substantiva se adelante por vía convencional; de hecho, el interés de la Conferencia de la Haya por el estado de la cuestión³⁷ permite plantear la hipótesis de un futuro Convenio que venga a imponer soluciones de compromiso entre los Estados parte, sobre todo en los que respecta al reconocimiento de resoluciones y documentos públicos en la materia³⁸.

III. Efectos del derecho de la unión europea

Hasta aquí he señalado algunos ejemplos de cómo el derecho convencional (caso de la adopción) y la misma internacionalización de una relación (caso de la gestación subrogada) pueden condicionar las previsiones o las soluciones del derecho material español. En todo caso, debe precisarse que la mayor intensidad de esta afectación ha venido de la mano de la incorporación de España a la originaria Comunidad Económica Europea y, más en particular, a partir de la reforma del Tratado Fundacional de Roma de 1957 por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Este proceso, del que pretendo mostrar tanto su evidente relevancia como sus luces y sombras, presenta por así decirlo, dos dimensiones. Una, alude a la genérica incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre materias que no son de su competencia; otra, se refiere a las concretas regulaciones derivadas del principio de reconocimiento mutuo, actualmente recogido en los artículos 81 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁹ (TFUE), respectivamente para el ámbito civil y el ámbito penal.

1. En materias no reguladas por el Derecho de la Unión Europea

Respecto de las materias no reguladas, pero sí afectadas, por el Derecho de la Unión Europea debe destacarse la transversal y determinante incidencia que ha tenido la doctrina del Tribunal de Justicia a la hora de perfilar soluciones *ad hoc* para algunas relaciones intracomunitarias. Esta incidencia deriva del necesario respeto por parte de las legislaciones nacionales a las

³⁶ Cf. DURÁN AYAGO, A.: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/31/actualidad/1364732233_808362.html; *id.* “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”: <http://diarium.usal.es/aduran/files/2013/02/DUR%C3%81N-AYAGO-AEDIPr-201.pdf>. *Vid.* por todos ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución” en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C.Y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*. M. Pons, 2013, pp. 77-90.

³⁷ *Vid.* www.hcch.net, en particular: “Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre de projet filiation/maternité de substitution”, *Document préliminaire n° 3 B d'avril 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*.

³⁸ *Vid.* Conferencia de La Haya: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

³⁹ Hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (BOE, 27-XI-2009).

libertades comunitarias y un ejemplo de ello, ya dilatado en el tiempo, es el contemplado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 1993⁴⁰, relativa a la transcripción en el Registro Civil alemán del apellido de un nacional griego (*Konstan-tinidis*). A pesar de que no existía normativa comunitaria sobre apellidos ni sobre estado civil, el Tribunal consideró que la transcripción al alfabeto latino practicada por las autoridades alemanas, alterando la grafía del apellido (*Konsta-dinidis*), podía inducir a error y afectar a la reputación profesional del interesado –masajista- y, con ello, a su libertad de establecimiento.

Esta influencia de los principios europeos consignados en el derecho originario ha ido derivando precisamente en una autonomía de la relación intracomunitaria frente a la genérica relación privada internacional, de modo que en una misma materia se impone una conclusión diferente según que la relación esté o no afectada por principios del derecho europeo originario, básicamente el de libertad de circulación y residencia contenido en el artículo 20 del TFUE.

Uno de los ejemplos actuales más ilustrativos de esta diferencia puede apreciarse, de nuevo, a la hora de establecer el régimen de apellidos. Estos se rigen, tanto según el artículo 219 del Reglamento del Registro Civil como según el artículo 1 del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980⁴¹, por la ley nacional del interesado, y si este tiene doble nacionalidad debe estarse a las soluciones del artículo 9.9º del Código Civil. Precisamente este precepto dispone que, a los efectos de determinar la ley nacional aplicable, cuando concurra la nacionalidad española con otra no prevista, debe estimarse como nacionalidad efectiva la española. Por ello, no es de extrañar que la DGRN, por ejemplo, haya desestimado la petición de suprimir el apellido materno formulada por una doble nacional española y estadounidense. La razones de esta desestimación fueron: considerar prevalente, según el artículo 9.9º del Código Civil, la nacionalidad española y por tanto el régimen español de apellidos⁴² y excluir la aplicación al caso de la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *García-Avello*⁴³. ¿Por qué excluyó la DGRN la aplicación de esta Sentencia, que precisamente había sido alegada por la interesada para fundamentar su pretensión de acomodar sus apellidos a la normativa vigente en EEUU? Porque, a pesar de tratarse de un mismo caso de apellidos y de afectar a partes igualmente dobles nacionales, entre el supuesto al que se refiere la DGRN y el que motivó la

⁴⁰ Asunto C-168/91: *Cb. Konstantinidis*, *Rec.*, 1993, I- 1191 y ss.

⁴¹ Relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos (*BOE*, 19-XII- 1989). Estados parte: España, Italia, Países Bajos y Portugal.

⁴² *Vid.* la Resolución de la DGRN nº 1/2005, de 15 de marzo, *RJ* 2005\5484.

⁴³ Sent. TJCE de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *Rec.*, p. I-11613. *Vid.* Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la DGRN, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español, *BOE*, 4-VII-2007. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema”, *La Ley*, 5876, 22-X.03.

Sentencia del Tribunal de Luxemburgo había una diferencia fundamental. En el primer caso se trataba de una relación simplemente internacional (doble nacionalidad española y estadounidense de la interesada), afectada por el artículo 9.º del Código Civil que conducía a la aplicación de la ley nacional española. En el segundo caso, además de internacional, la relación era intracomunitaria ya que afectaba a una persona con dos nacionalidades de dos Estados miembros; en este caso, el Tribunal de Justicia estableció la libertad de opción por el régimen jurídico de apellidos de cualquiera de sus leyes nacionales. Así, cuando las autoridades belgas impusieron a una doble nacional hispano belga los dos apellidos del padre (es decir la versión belga: García-Avello) en vez de los solicitados (es decir, la versión española: apellidos del padre y de la madre) lo hicieron a partir de un precepto muy similar a nuestro artículo 9.º del Código Civil, esto es, a través de una selección de la nacionalidad efectiva, tal como lo había hecho la DGRN en el citado asunto de la nacional hispano- estadounidense. Y fue precisamente este juicio de nacionalidad efectiva o dominante lo que rechazó el Tribunal de Justicia, argumentando que ello podía producir una restricción del principio de libre circulación, concediendo, en su lugar, la posibilidad de opción por la regulación de una u otra ley nacional.

Pero, incluso cuando el ejercicio de la libre circulación no vaya acompañado de una situación de doble nacionalidad, se mantiene igualmente una libertad de opción, en este caso entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual coincidente con el lugar de nacimiento. Y ello con la misma finalidad de no obstaculizar la libertad de circulación y de residencia. Así, en el asunto *Grunkin y Paul*⁴⁴, el Tribunal de Justicia conoció de los apellidos de un niño alemán nacido y residente en Dinamarca, considerando que se produciría un obstáculo a la libre circulación si el interesado está obligado a llevar un apellido en el Estado miembro de la nacionalidad (Alemania) diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de la residencia y nacimiento (Dinamarca). Estimó que, aunque las normas que rigen los apellidos son competencia de los Estados miembros, estos deben respetar el derecho comunitario al ejercer dicha competencia cuando se trata de situaciones que, no siendo meramente internas, presentan algún vínculo con el derecho comunitario. En este caso, debe evitarse cualquier obstáculo a la libre circulación que pueda derivarse de la diversidad de apellidos. En definitiva, el ordenamiento español debe asumir soluciones diferenciadas en materia de apellidos a partir de la impronta del artículo 20 del TFUE.

⁴⁴ *Vid.* Sentencia TJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Rec.*, I-7639. En este sentido, *vid.* las condiciones impuestas por la DGRN para proceder a la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español con los apellidos determinados e inscritos en el Registro Civil extranjero (Instrucción de 24 de febrero de 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros civiles de otros países miembros de la Unión Europea, *BOE*, 10-III-2010).

2. Regulaciones derivadas del principio de reconocimiento mutuo.

a. Evolución

Llegados a este punto, es el momento de reparar en la dimensión estricta de la llamada comunitarización del DIPr., es decir, en el qué, cómo y con qué consecuencias el Derecho de la UE regula las relaciones privadas internacionales y hasta qué punto ello coadyuva a la autonomía de dichas relaciones cuando quedan afectadas por el principio de reconocimiento mutuo. En torno a este proceso, conviene referirse a su formación y sus efectos, a cómo siendo una cuestión procesal -reconocimiento de decisiones extranjeras- incide en el derecho civil de los Estados miembros, a su expansión a materias y sectores diversos y, finalmente, a la complejidad y en ocasiones incorrección de sus resultados.

En cuanto a su formación o precedentes, el reconocimiento mutuo hunde sus raíces en la llamada quinta libertad comunitaria prevista en el Tratado Fundacional de Roma de 1957, desarrollada inicialmente en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968⁴⁵ y que consistía en un régimen de libre circulación de sentencias entre Estados miembros alternativo al régimen de homologación. Ello significó para España, no la obligación de ejecución inmediata de las sentencias de otros Estados miembros, sino que la fase intermedia entre la sentencia extranjera y su ejecución en España ya no fuese el procedimiento interno de exequátur⁴⁶, sino la declaración de ejecutividad regulada en la propia norma comunitaria, tanto en lo que se refiere a las condiciones como al procedimiento. No fue, sin embargo, hasta años más tarde cuando se produjo un verdadero vuelco en este sector. La reforma del Tratado Fundacional de Roma por el Tratado de Ámsterdam de 1997 introdujo la comunitarización de la cooperación judicial (art. 65)⁴⁷ y el paso de la declaración de ejecutividad al reconocimiento mutuo, que posteriormente valoraré. Por el momento, es necesario una sucinta explicación de lo que implica y de la finalidad de este reconocimiento mutuo.

Ya no se trata solo de que el procedimiento y condiciones para reconocer una sentencia de otro Estado miembro, como paso previo a su ejecución en España, se someta a normas de la Unión Europea y no a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (Derecho

⁴⁵ Relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Vid.* el Convenio de Adhesión de España y Portugal, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989 (BOE, 28-I-1991, corrección de errores, *ibid.*, 30-IV-1991). *Vid.* versión consolidada en DO, C 27, 26-I-1998.

⁴⁶ Originariamente regulado en los artículos 954 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Estos preceptos fueron declarados transitoriamente vigentes por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil hasta la actual regulación contenida en los artículos 46 y 52 y ss. de Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (BOE, 31-VII-2015).

⁴⁷ La introducción de este precepto fue precedida por las propuestas surgidas en el marco de Consejo Europeo de Tempere 1999, que, a su vez, derivó en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2001, en el Programa de La Haya de 2005 y en diversos Libros Verdes y Reglamentos.

estatal), sino que el derecho de la Unión Europea impone que esta sentencia debe ejecutarse en España como si fuera una sentencia española. Para ello, se propuso, en una primera fase, que la sentencia extranjera fuese elevada y certificada como título ejecutivo europeo por el propio juez extranjero que la había dictado en el Estado miembro en cuestión. En este sentido, deben destacarse las previsiones del Reglamento (CE) 805/2004, sobre créditos no impugnados⁴⁸, y las del Reglamento (CE) 2201/2003⁴⁹, referidas a resoluciones sobre restitución de menores y sobre derechos de visita. Pero, actualmente, no es necesaria ni siquiera esta certificación en el Estado de origen como título europeo, sino que la misma sentencia extranjera- como título nacional y no europeo- se ejecuta en España, obviamente, sin necesidad de pasar por el exequátur regulado en los artículos 52 y ss. de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, sin necesidad de obtener la declaración de ejecutividad comunitaria, y sin necesidad de que el juez de origen la certifique como sentencia europea. Es decir, se ejecuta en España como si se tratase de una sentencia española porque lo dictado por la red de tribunales de cualquier Estado miembro tiene la “misma” posición que lo dictado por la red de tribunales españoles. En este sentido, destacan las previsiones del Reglamento (UE) generalista 1215/2012⁵⁰ y del Reglamento (CE) 4/2009 en materia de alimentos⁵¹, aunque este únicamente

⁴⁸ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO, L 143, 30-IV-2004). A los motivos nacionales de denegación de la ejecución, el Reglamento añade que el deudor alegue que la resolución certificada es incompatible con otra anterior de un Estado miembro o de un tercer Estado. Esta resolución anterior debe, asimismo, tener el mismo objeto y afectar a las mismas partes, y haber sido dictada en el Estado de ejecución o en otro, pero siendo reconocible en este. Además, la incompatibilidad entre ambas decisiones no ha debido ser alegada a los afectos de impugnar el crédito durante el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen.

⁴⁹ *Vid.* Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento 1347/2000 (DO, L 338, 23-XII-2003). En particular, los arts. 41 y 42. Dada la especialidad de la materia de menores, en el art. 47 *in fine* de este Reglamento se prevé que prima la sentencia posterior.

⁵⁰ Reglamento (UE) 1215 /2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO, L 351, 20- XII-2012). También conocido como “Bruselas I *bis*”.

⁵¹ Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO, L 7, 10-I-2009; corrección de errores, *ibid.*, L 131, 18-V-2011). Las causas de denegación –total o parcial- de la ejecución entre los Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya (todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca y Reino Unido) son:

- Que haya prescrito el derecho a ejecución, según el Derecho del Estado miembros de origen o de ejecución (este último, si establece un plazo superior). Se trata de una denegación imperativa.
- Que exista una resolución del Estado miembro de origen incompatible con otra del Estado miembro de ejecución -o de cualquier otro Estado, siempre que reúna condiciones para su reconocimiento en el Estado de ejecución-. Esta denegación es facultativa, no requiere de identidades entre las resoluciones (partes, objeto y causa) ni está sujeta a criterios de prioridad temporal de las decisiones. No se considera incompatible la resolución modificativa por cambio de circunstancias.
- Que el deudor solicite el reexamen conforme al art. 19. Denegación facultativa.
- Cualquier otro motivo previsto por legislación del Estado miembro de ejecución, siempre que no resulte incompatible con los indicados anteriormente.

respecto de los países vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007⁵².

b. El efecto expansivo del reconocimiento mutuo

Este reconocimiento mutuo ha supuesto una reacción en cadena en dos direcciones:

Por un lado, ha tenido un efecto expansivo vertical, pues, la implantación del reconocimiento mutuo no solo precisa regular los criterios de competencia judicial internacional, como había ocurrido hasta la fecha, sino también los criterios o normas de derecho aplicable, sector que básicamente estaba en manos del derecho convencional. En efecto, desde un inicio se procuró que el juez cuya sentencia se pretende reconocer hubiese conocido con una competencia adecuada y no exorbitante. Por ello, desde el mencionado Convenio de Bruselas de 1968 hasta el actual Reglamento (UE) 1215/2012, están unificadas las normas de competencia judicial internacional que deben ser aplicables por todos los jueces de cualquier Estado miembro. Pero, además de esta unificación de las normas de competencia judicial internacional, en la actualidad, el legislador comunitario también ha generalizado la unificación de las normas de selección del derecho aplicable. De este modo, todos los jueces de todos los Estados miembros contarán, no con un derecho uniforme, pero sí con un único criterio para seleccionar un derecho nacional aplicable. Ambas unificaciones, de competencia judicial internacional y de ley aplicable, aunque no han ido parejas en el tiempo, quedan reflejadas en el artículo 81 c) TFUE cuando se refiere a la necesaria compatibilidad de las normas aplicables en materia de conflicto de leyes y de jurisdicción.

Por otro lado, el reconocimiento mutuo ha supuesto un efecto expansivo horizontal. Así, la regulación de la competencia judicial internacional, del derecho aplicable y del reconocimiento se extiende a materias de derecho privado tradicionalmente ajenas al derecho europeo, en particular el derecho de familia y de sucesiones. En la actualidad, existe una regulación “completa”, es decir de los tres sectores aludidos, en materia concursal⁵³, en materia de

⁵² De 23 de noviembre, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*DO*, L 331, 16-XII-2009). Reclamado por el artículo 15 del Reglamento (CE) 4/2009 y aplicable por los tribunales de cualquier Estado miembro, excepto, de momento, Dinamarca y Reino Unido. Este Protocolo está en vigor desde agosto de 2013 para la UE y Serbia. No obstante, la Decisión del Consejo (UE) de 30 de noviembre de 2009 y la Declaración de la propia Unión Europea, efectuada en el momento de depositar el instrumento de su ratificación (8 de abril de 2010), ya dispusieron su aplicación provisional para procedimientos incoados a partir del 18 de junio de 2011, (fecha de entrada en vigor del Reglamento 4/2009).

⁵³ Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (*DO*, L 141, 5-VI-2015).

obligaciones contractuales⁵⁴ y extracontractuales⁵⁵, en materia de sucesiones⁵⁶, en materia de alimentos⁵⁷ y en materia de régimen patrimonial del matrimonio y de las parejas registradas⁵⁸. En otras materias esta regulación se completa de forma cruzada; por ejemplo, en materia de responsabilidad parental y crisis matrimoniales se regula conjuntamente la competencia y el reconocimiento en el Reglamento (CE) 2201/2003⁵⁹, pero el Derecho aplicable a la separación y al divorcio se recoge en el Reglamento (UE) 1259/2010, de aplicación universal y al cual se remite el artículo 107 del Código civil.⁶⁰ En otras ocasiones, como es el caso de la responsabilidad parental, directamente no se prevé regulación institucional sobre ley aplicable, aunque este vacío se cubre en parte con la regulación convencional en la materia, concretamente con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996⁶¹. Para completar este mapa de materias, es importante adelantar que la posibilidad de ejecución inmediata no se limita a las decisiones judiciales, sino que se extiende a otro tipo de medidas de protección en materia civil⁶².

Esta imparable profusión de normas europeas en distintas materias y en relación con la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la determinación del derecho aplicable tiene una incidencia evidente en las regulaciones de derecho civil de los Estados miembros, llegando incluso a forzar el reconocimiento de instituciones desconocidas en un determinado ordenamiento. El caso paradigmático es lo ocurrido en Malta, país tradicionalmente confesional

⁵⁴ Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. También conocido como “Roma I” (DO, L 177, 4-VII-2008).

⁵⁵ Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. También conocido como “Roma II” (DO, L 199, 31-VII-2007).

⁵⁶ Reglamento (UE) 650 /2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO, L 201, 27-VII-2012). Para un análisis general, *vid.* BONOMI, A y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Ed. Comares, Colección 'Ciencia Jurídica y Derecho Internacional', 2014; RODRÍGUEZ MATEOS, P. “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 27, junio, 2014, pp. 1-59.

⁵⁷ *Vid.* el Reglamento (CE) 4/2009 en materia de alimentos, aunque la regulación del Derecho aplicable se remite al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 (*cit.* notas 51 y 52).

⁵⁸ *Vid.* el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO, L 183, 8-VII-2016). *Vid. infra*.

⁵⁹ *Cit.* nota 49.

⁶⁰ Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Estados miembros participantes hasta el momento: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Grecia. Conocido como Roma III.

⁶¹ *Cit.* en nota 20.

⁶² Reglamento (UE) 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DO, L 181, 29-VI-13).

que no admitía el divorcio cuando se incorporó a la Unión Europea. Imaginemos que poco después de esta incorporación, una sentencia española hubiese declarado el divorcio de dos malteses residentes en España. Si las partes lo hubiesen instado, el Reglamento (CE) 2201/2003 habría impuesto a las autoridades maltesas el reconocimiento de esta sentencia de divorcio, en tanto que dictada por un Estado miembro; es decir, impondría el reconocimiento de un divorcio inexistente en la legislación interna. Por ello, el legislador de Malta procedió a reformar tímidamente su Ley de matrimonios, permitiendo no el divorcio, pero sí la inscripción de un divorcio extranjero, siempre que hubiese sido dictado por el tribunal correspondiente a la nacionalidad o residencia de uno de los cónyuges. Ante lo delicado de esta situación, no fue casual que, finalmente, se promoviera la introducción del divorcio vincular, a pesar de ser una institución cuestionada en amplios sectores políticos, sociales y religiosos de país. En definitiva, Malta reformó su Código Civil e introdujo el divorcio⁶³, en parte, por la presión de las normas europeas en materia de reconocimiento, ya que, de no haberlo hecho, se habría producido la paradoja de tener que admitir sentencias extranjeras de divorcio, con el consiguiente reconocimiento de la capacidad nupcial de los divorciados, sin dar el mismo trato a las personas que planteasen el divorcio ante los tribunales malteses. En la actualidad, Malta no solo reconoce el divorcio, sino que, además, es uno de los Estados participantes en el Reglamento (UE) 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada sobre ley aplicable a la separación y al divorcio. Este Reglamento, que permite escoger determinadas leyes para regir la separación y el divorcio, prevé que, en cualquier caso, se aplicará la ley del foro cuando la ley que resulte aplicable no contemple el divorcio o no permita a uno de los cónyuges acceder a la separación y divorcio en condiciones de igualdad. La ley maltesa ha pasado, pues, de desconocer el divorcio a garantizar su posibilidad cuando dicha ley sea la del foro y las leyes de otros Estados que pudieran resultar aplicables no lo prevean.

c. Influencia en el Derecho material español

La influencia del DIPr. de la Unión Europea en el derecho español ha supuesto la introducción de soluciones novedosas en derecho de familia y sucesiones. Entre estas soluciones novedosas cabe destacar la extensión de la *professio iuris* como criterio de ley aplicable, la parcial alteración de las soluciones de adaptación, y el reconocimiento del efecto probatorio de un documento de alcance europeo, el certificado sucesorio europeo.

⁶³ Vid. *Civil Code Amendment Act, 2011 (Act XIV of 2011: doi.gov.mt)*.

i. La extensión de la *professio iuris*

La posibilidad de elegir, la ley aplicable se prevé por el derecho de la Unión Europea en materia de crisis matrimoniales, régimen económico del matrimonio, sucesiones y, parcialmente, en prestación de alimentos. Esta amplitud contrasta con el alcance más restringido que esta *professio* presenta en las normas de conflicto españolas. Así:

-A partir del Reglamento (UE) 1259/2012, la ley aplicable al *divorcio y a la separación* puede ser elegida por los cónyuges hasta la interposición de la correspondiente demanda o, posteriormente, en el curso del procedimiento judicial si la ley del foro lo permite⁶⁴. Esta previsión era ajena a la regulación contenida hasta no hace mucho tiempo en el antiguo artículo 107 del Código Civil, precepto que, en todo caso y por efecto del carácter universal del Reglamento, devino inaplicable para las demandas interpuestas o convenios de elección de ley celebrados a partir del 21 de junio de 2012⁶⁵. En la actualidad, el propio artículo 107 se remite ya a las normas de la Unión Europea.

- En el *régimen económico matrimonial* legal, una novedad importante introducida por el Reglamento (UE) 2016/1103 es que los cónyuges pueden elegir ley aun en el caso de que tengan nacionalidad común, posibilidad no contemplada por el artículo 9.2º del Código Civil. Dada la aplicación universal del Reglamento, dispuesta por su artículo 20, el precepto del Código Civil deviene desplazado siempre que exista un elemento de internacionalidad en la relación matrimonial⁶⁶. Por ello, la regulación conflictual del Código civil únicamente será aplicable en dos supuestos: las relaciones matrimoniales heterogéneas pero sin elemento de internacionalidad (estricta dimensión de plurilegislación interna española) y las relaciones internacionales en las que la norma de conflicto del Reglamento remita al derecho español, ya sea directamente o a través de un reenvío de retorno. En efecto, la inicial solución indirecta prevista por los artículos 33 y 34 del Reglamento para los casos de remisión a un sistema plurilegislativo -como es el caso de España- implica la utilización del mencionado artículo 9.2º para decidir la aplicación de un

⁶⁴ Vid. arts. 5 y ss. del Reglamento (UE) 1259/2010 (*cit. nota 60*). La elección se limita a las siguientes leyes: la de la residencia habitual común en el momento de celebración del convenio de elección; la del último lugar de residencia habitual común, si uno de los cónyuges resida allí al tiempo de la celebración del convenio; o la de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento de celebración del convenio.

⁶⁵ Vid. arts. 18 y 21 del Reglamento (UE) 1259/2010.

⁶⁶ Además, esta aplicación universal del Reglamento supone que, siempre que exista elemento de internacionalidad, la relación matrimonial de dos españoles, no estará ya necesariamente sometida a la ley española. Como señala JIMÉNEZ BLANCO, P., “La ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales en el Reglamento (UE) 2016/1103”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 2018 (en prensa) “...Antes del Reglamento, si un matrimonio de españoles, aun con diferente vecindad civil, sin capitulaciones antes del matrimonio, con residencia al inicio de la vida matrimonial en Francia y matrimonio celebrado en Francia, se le aplicaba necesariamente el Derecho español (art. 16.3 en relación con el art. 9.2 C.c.). Con el Reglamento, ese mismo matrimonio quedará sometido a la ley francesa”.

concreto derecho español (el derecho común del Código Civil o el derecho especial o foral que corresponda).

- En cuanto a los *alimentos entre cónyuges*, el Protocolo de La Haya de 2007, igualmente aplicable aunque sus normas remitan a la ley de un Estado no parte⁶⁷, prevé en sus artículos 7 y 8 la posibilidad de elegir la *lex fori* como aplicable a un procedimiento específico en un determinado Estado. Al tiempo, como ley rectora de la obligación alimenticia puede designarse cualquiera de las leyes siguientes: la de nacionalidad o residencia de alguna de las partes, ley rectora de régimen económico matrimonial o ley rectora de la crisis matrimonial. Adviértase, no obstante, que no cabe esta elección de ley cuando se trate de obligaciones a favor de un menor de dieciocho años o de un adulto con facultades disminuidas. También está excluida la elección que pueda entrañar consecuencias manifiestamente injustas o no razonables, salvo que se pruebe que en el momento de la elección las partes eran conscientes de tales consecuencias. Además, y en todo caso, únicamente la ley de la residencia habitual del acreedor determinará si éste puede renunciar a sus derechos.

-Finalmente, el Reglamento (UE) 650/2012 prevé como *ley sucesoria* la de la residencia habitual del causante o, excepcionalmente, otra más vinculada. Pero también prevé que dicho causante pueda elegir como ley sucesoria su ley nacional⁶⁸ y, además, que esta ley nacional pueda ser apreciada tanto en el momento de realizar la elección como en el momento del fallecimiento⁶⁹. Cuando el causante elige la ley nacional al tiempo de la elección, es irrelevante que fallezca con otra nacionalidad o en situación de apátrida, procurándose así la estabilidad de la ley sucesoria. Si, por el contrario, el causante elige como ley sucesoria la que corresponda a su nacionalidad al tiempo del fallecimiento, la validez de esta elección se supedita a que efectivamente, llegado el momento de la muerte, ostente dicha nacionalidad; en otro caso, la cláusula de elección sería nula.

ii. La adaptación de instituciones en el ámbito sucesorio

Otra de las novedades impuestas por el derecho de la Unión Europea se refiere a la solución alternativa a la prevista en el artículo 9.8º del Código Civil en relación con los problemas de inadaptación que pueden aparecer a la hora de determinar los derechos del cónyuge superviviente.

⁶⁷ Sobre los Estados parte, *vid. supra* nota 52.

⁶⁸ Reglamento *cit.* nota 56. *Vid.* por todos FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Barcelona, B. Aires, M. Pons, 2010.

⁶⁹ En caso de plurinacionalidad del causante, este puede elegir entre cualquiera de las leyes nacionales y en cualquiera de los momentos mencionados *Vid.* estas consideraciones en BONOMI, A., "Art. 22", en BONOMI, A. Y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions...*, *op. cit.*, pp. 309 y 310.

Estos problemas de inadaptación se concretan en descompensaciones en el patrimonio del cónyuge viudo. Normalmente suelen derivarse del hecho de aplicar dos leyes distintas a los dos efectos patrimoniales que se producen con ocasión de la muerte de uno de los cónyuges: la disolución del régimen económico matrimonial y la apertura de la sucesión. Tanto el Reglamento (UE) 650/2012 como el artículo 9.8º del Código Civil tratan de evitar esta inadaptación. Pero lo hacen de forma muy distinta.

En efecto, el artículo 9.8º del Código Civil evita la eventual inadaptación de forma radical y creo que más correcta que el Reglamento (UE) 650/2012. Este precepto asume que no se producen inadaptaciones cuando se aplica una misma ley a ambos efectos, es decir, a la disolución del régimen económico matrimonial y a la apertura de la sucesión. Para ello, preventivamente dispone que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo las legítimas de los descendientes”. Es decir, tales derechos sucesorios quedarán sometidos a la ley rectora del matrimonio y no a la ley sucesoria. Por el contrario, el Reglamento (UE) 650/2012 se aleja radicalmente de esta solución, disponiendo que los derechos de la pareja o el cónyuge viudo se someten a la ley sucesoria, y no a la ley rectora del matrimonio (art. 23.b). Al no prever la aplicación de una única ley, es susceptible de producirse una inadaptación entre lo dispuesto por la ley aplicable a la disolución del régimen matrimonial y lo dispuesto por la ley sucesoria para la sucesión de cónyuge viudo. Por ello, se aconseja al juez que, evidenciada la descompensación patrimonial, proceda caso por caso a una adaptación material de las cuotas hereditarias.

Así pues, para los supuestos en los que el cónyuge haya fallecido a partir del 17 de agosto de 2015⁷⁰ existen en el ordenamiento español dos formas de solucionar estas descompensaciones patrimoniales. A las relaciones privadas internacionales será aplicable la previsión del Reglamento (UE) 650/2012, que, en realidad, ni es previsión ni es satisfactoria. Repárese en que simplemente advierte al juez, en el considerando número 12, para que proceda a una adaptación material entre los derechos sucesorios del cónyuge viudo y los que correspondan a los descendientes del causante, para que ninguno de ellos sea especialmente gravado o beneficiado como resultado de la aplicación distributiva al patrimonio del cónyuge viudo de dos leyes distintas, la matrimonial y la sucesoria⁷¹. Por su parte, la fórmula de

⁷⁰ *Vid.* esta fecha como criterio de aplicación temporal del Reglamento (UE) 650/2012 (art. 83.1).

⁷¹ Es decir, insta a las autoridades que sustancien la sucesión a proceder a un ajuste material del resultado, en el caso de que la aplicación distributiva de leyes) provoque una inadaptación. Concretamente, declara que estas autoridades tengan en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios. La relevancia de esta solución habría aconsejado su incorporación al articulado del Reglamento 650/2012 (*Vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., “Some Thoughts on a EU Code on Private International Law”, en *Verso una codificazione europea*

sustitución de la ley sucesoria por la ley matrimonial, prevista en el artículo 9.8º del Código Civil quedará relegada al ámbito de los conflictos de leyes interregionales (dimensión interna); por lo tanto, únicamente cuando se trate de un matrimonio de dos españoles. Basta que uno de ellos sea extranjero (dimensión internacional) y que el fallecimiento se haya producido a partir de la fecha indicada (aplicación temporal del Reglamento) para que no se apliquen las soluciones y calificaciones del artículo 9.8º del Código Civil sino las propias del Reglamento (UE) 650/2012 (art. 23.b en relación considerando número 12 del Reglamento).

iii. El certificado sucesorio europeo

Continuando con la materia sucesoria, debe destacarse asimismo que el Reglamento (UE) 650/2012 introduce y regula el llamado certificado sucesorio europeo. Ello ha supuesto la modificación de la normativa registral española en la materia (el artículo 14 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946). Así, la nueva redacción de este precepto considera títulos de sucesión hereditaria, a los efectos del registro, el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato, la declaración administrativa de heredero abintestato del Estado, así como “el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) núm. 650/21012”.

Este certificado, en principio, tiene un valor probatorio: prueba cualidades y facultades, concretamente, la condición de heredero, legatario, executor testamentario o administrador de la herencia, así como cualquier otro extremo que haya quedado acreditado por la ley sucesoria o por la ley aplicable a una disposición testamentaria. Este efecto probatorio reforzado se traduce en un efecto legitimador de actos; así, el certificado otorga presunción de validez a las disposiciones de bienes hereditarios que sean realizadas por la persona que figure como habilitada en dicho certificado⁷². Y la misma protección merecen los pagos o entregas de bienes realizadas por el tercero a quien aparezca habilitado en el certificado para recibir. Además, por si el refuerzo de este efecto probatorio fuera poco, el artículo 69.5º del Reglamento (UE) 650/2012 prevé que el certificado constituye un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de que la naturaleza y el régimen de inscripción de los derechos reales exceden del ámbito material del Reglamento (art. 69.5º en relación con art. 1.2º l). Por ello, no es de extrañar la mencionada modificación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria⁷³.

del diritto internazionale privato?/Towards a EU PIL Codification?, disponible en <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=718>.

⁷² Se protege la recepción por el tercero, pero el certificado no determina *per se* la efectividad de la adquisición del bien por este tercero.

d. Influencia en el Derecho convencional

Esta incursión evidente del derecho comunitario en el derecho estatal no camina sola, pues, incluso frente al derecho convencional, el derecho europeo parece mantener una genérica posición de liderazgo, más allá de lo dispuesto en concretas cláusulas de compatibilidad. Las manifestaciones de este liderazgo son diversas.

En primer lugar, cabe referirse a la actividad ordenadora de la Unión Europea sobre la política convencional de los Estados miembros, por ejemplo, cuando invita a estos a que ratifiquen determinados Convenios. Así ha ocurrido en relación con el mencionado Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, sobre ley aplicable en materia de menores, para paliar el hecho de que los sucesivos Reglamentos comunitarios sobre menores no regulen precisamente el derecho aplicable, sino solamente competencia, el reconocimiento y la cooperación de autoridades (*supra*).

En segundo lugar, la progresiva densidad del derecho privado europeo también presenta una vertiente excluyente a través de la doctrina derivada de la Sentencia *AETR*⁷⁴, en virtud de la cual la competencia exclusiva de la Unión privaría de competencia a los Estados miembros para celebrar convenios con Estados terceros sobre materias ya reguladas por la normativa europea. La Unión Europea debería precisar en cada supuesto si un determinado Convenio puede afectar o no a una norma europea y, por tanto, si puede o no ser celebrado⁷⁵ y si se precisa o no de la previa autorización por la Unión Europea⁷⁶.

En tercer lugar, el derecho privado europeo se infiltra en otras normas convencionales. Una forma de hacerlo es proponiendo “mezclas” de fuentes. Por ejemplo, para determinar la

⁷³ En torno a la consideración de este certificado como título sucesorio, *vid* la Resolución de 4 de enero de 2019 de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador de la propiedad de Guía de Isora, por la que se acuerda denegar la práctica de inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en base al certificado sucesorio europeo (BOE, 5-II-2019).

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia 31 de marzo de 1971, Asunto 22/70 *Comisión c. Consejo*, *AETR*, *Rec.* 1971, pp. 263 y ss.: “Cada vez que el Derecho comunitario ha establecido, a favor de las instituciones de la Comunidad, competencia en el plano interno con miras a realizar un objetivo determinado, la Comunidad está investida de la competencia para obligarse internacionalmente en la medida necesaria para la realización de ese objetivo, incluso en ausencia de una disposición expresa a este respecto”.

⁷⁵ *Vid.* sobre el particular GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, spécialisation et matérialisation...”, *loc. cit.*, p. 135.

⁷⁶ *Vid.* el Reglamento (CE) 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, *DO*, L 200, 31-VII-2009; y el Reglamento (CE) 664/2009, del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, *ibid.*, L 200, 31-VII-2009. Al respecto, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre Estados miembros y terceros países”, *La Ley, UE*, nº 7252, 30-IX-2009, pp. 8-13.

competencia judicial internacional en materia de alimentos, el Reglamento (CE) 4/2009 permite escoger tribunal, pero siempre que el litigio no afecte a menores de dieciocho años. Por lógica, esta prohibición debería limitarse a los supuestos en los que fuese aplicable el Reglamento que la contiene. Sin embargo, será efectiva incluso cuando el Reglamento no sea aplicable y lo sea un Convenio que, además, no prevé tal límite de edad. En particular, el Reglamento impone la prohibición descrita cuando se haya designado un tribunal de un Estado no miembro de la Unión Europea y resulte aplicable el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷⁷. Esto es, cuando hayan sido designados para conocer del litigio los tribunales de Suiza, Islandia o Noruega⁷⁸.

Otro ejemplo significativo de la incursión del derecho de la Unión Europea en el Derecho convencional se aprecia en materia de sustracción internacional de menores. España es parte del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁷⁹, que prevé su retorno al Estado de origen salvo que ello implique un grave riesgo físico o psíquico para el menor. Pues bien, cuando corresponda aplicar este Convenio, si los Estados parte implicados en el secuestro son además miembros de la Unión Europea, una norma de derecho europeo, el mencionado Reglamento (CE) 2201/2003, va a imponer una interpretación diferenciada de dicho Convenio. Por ejemplo, el traslado ilícito de un menor desde Alemania a España estaría sometido al Convenio, en la medida en que ambos Estados son parte del mismo; y, en virtud de su artículo 13, el menor no retornaría a Alemania si ello implicase un grave riesgo físico o psíquico para su persona. Pero, al ser España y Alemania Estados miembros de la Unión Europea, el Reglamento impondría una interpretación “en clave europea” del Convenio; concretamente, los riesgos aludidos no serían motivo suficiente para denegar el retorno si Alemania ofreciera medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución⁸⁰. La situación límite sería que este menor tuviese que retornar a Alemania, por ejemplo, bajo la supervisión de los servicios sociales alemanes. Además, Alemania siempre podría dictar una resolución de custodia posterior que implicase el retorno y que, de nuevo por imposición del Reglamento, sería ejecutada sin declaración de ejecutividad y sin posibilidad de impugnación en el Estado de traslado⁸¹, es decir, como un título ejecutivo europeo.

⁷⁷ DO, L 147, 10-VI-2009.

⁷⁸ *Vid.* el art. 64 del Convenio de Lugano de 2007.

⁷⁹ BOE, 24-VIII-1987, corrección de errores., *ibid.*, 30-VI-1989 y 24-I-1996.

⁸⁰ *Vid.* art. 11.4º del Reglamento (CE) 2201/2003 (*cit.*)

IV. Un balance de la impronta del principio de reconocimiento mutuo

1. Complejidad del proceso de delimitación de la norma aplicable

Llegados a este punto, es el momento de señalar que la impronta de esta regulación europea tiene datos que apuntar en su déficit, concretamente, la aludida complejidad de aplicación de sus normas y el hecho de que principios casi incuestionables puede generar resultados poco coherentes.

Por lo que respecta a la complejidad, debe señalarse que la misma proliferación del derecho privado europeo agravó la tarea de delimitación de la norma aplicable, pues sobre una misma relación jurídica podía concurrir regulación estatal, convencional y comunitaria, e, incluso, dentro de esta última, una doble regulación vía directiva y vía reglamento⁸². Además, a ello hay que añadir otros factores, algunos criticables; por ejemplo, las fluctuaciones del legislador comunitario en cuestiones clave, como puedan ser la consolidación de la supresión de exequátur para proceder a la ejecución de sentencias entre Estados miembros de la Unión Europea. Así, desde el originario Convenio de Bruselas de 1968 hasta el actual Reglamento (UE) 1215/2012, se ha pasado de exigir en el Estado requerido una previa declaración de ejecutividad a la posibilidad de una ejecución inmediata de las sentencias extranjeras. Sin embargo, la radicalidad de este cambio en los Reglamentos generales no ha impedido que otros actos legislativos sectoriales de última generación vuelvan a prever la declaración de ejecutividad, como es el caso del Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria.

Otra circunstancia que coadyuva a la complejidad de la aplicación de las normas europeas es la sucesión, en plazos cortos de tiempo, de distintos Reglamentos europeos en una misma materia. Por ejemplo, en tres años se aprobaron dos Reglamentos en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental⁸³ para reformar, básicamente, una idea que, por ser estructural, bien podría haberla tenido clara el legislador en el momento en el que se gestó el primer Reglamento. Se pretendía que el nuevo Reglamento fuese aplicable a la responsabilidad parental en general, y no solo a los problemas que pudieran plantearse en el marco de una crisis

⁸¹ *Vid.* párrafo 8º del art. 11, en relación con los arts. 40.1, b y 42, del Reglamento (CE) 2201/2003. Debe tratarse de una decisión sobre el fondo, y no una mera revisión de la resolución de no retorno dictada por las autoridades del Estado de la sustracción (*cf.* JIMÉNEZ BLANCO, P., P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Universidad de Oviedo/M. Pons, 2008, p. 168).

⁸² En relación con la directiva, la complejidad delimitadora abarca desde los supuestos en los que el Estado miembro cuyo Derecho es reclamado por un convenio o reglamento no había transpuesto dicha directiva a supuestos en los que directamente el Derecho reclamado corresponde a un Estado no miembro de la Unión Europea. En estos casos, se propuso la aplicación de la directiva a título de norma internacionalmente imperativa del foro (*cf.* SÁNCHEZ LORENZO S.A., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 132 y ss.). En general, sobre la incidencia del DIPr. europeo en terceros Estados, *vid.* SIEHR, K., "European Private International Law and Non-European Countries", BORCHERS, P.J. Y ZECOLL, J. (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers, 2000, pp. 289 y ss.

⁸³ Reglamento (CE) 2201/2003 por el que se deroga el Reglamento 1347/2000 (*cit.*)

matrimonial y respecto de hijos comunes, como ocurría en el Reglamento precedente. Este cambio de idea, y consiguientemente de Reglamento, obligó a prever una casuística de derecho transitorio muy detallada y de laboriosa aplicación por el juez⁸⁴.

A esta cierta improvisación del legislador hay que añadir las consecuencias derivadas del principio de geometría variable, por el cual no todos los Estados miembros participan de todos los Reglamentos. En concreto, Dinamarca, a partir del Protocolo anexo al TFUE número 22⁸⁵, no participa ni está afectada por normas derivadas del Título V de la tercera parte del TFUE, salvo que se recurra a un acuerdo expreso con la Unión Europea. Parecida es la situación de Reino Unido e Irlanda, que, sin embargo, según el Protocolo anexo al TFUE número 21⁸⁶, pueden notificar al presidente del Consejo su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida o, en su caso, de aceptarla tras su adopción⁸⁷. Como datos que ilustran esta complejidad pueden mencionarse dos: Dinamarca celebró, entre otros, un acuerdo con la entonces Comunidad Europea para poder aplicar el Reglamento (CE) 1348/2000, en materia de notificaciones de documentos judiciales y extrajudiciales. Este acuerdo⁸⁸ entró en vigor el 1 de julio de 2007⁸⁹; pues bien, cuatro meses más tarde existía un nuevo Reglamento de notificaciones⁹⁰, ante lo cual Dinamarca se vio obligada a comunicar mediante carta que este nuevo Reglamento constituía un anexo modificativo de su inicial Acuerdo con la CE⁹¹.

Pero, sin duda, es la materia de alimentos la que representa una la mayor complejidad, tanto por la diversidad de fuentes aplicables como por el particular juego del sistema de geometría variable, sobre todo en materia de reconocimiento de decisiones. Así, España aplica el ya reiterado Reglamento (CE) 4/2009 al reconocimiento de sentencias provenientes de

⁸⁴ Así el art. 64 del Reglamento (CE) 2201/2003 distingue dos situaciones: a) Resolución posterior a la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003 sobre la base de una demanda anterior a este, pero posterior al Reglamento 1347/2000. En este caso se procederá a un control de la competencia judicial internacional de juez de origen en los términos previstos en el precepto; b) Resolución anterior al Reglamento 2201/2003. Se controlará la competencia si la demanda también era anterior al Reglamento 1347/2000 (situación sometida al Derecho autónomo). No así si la demanda fue posterior a este último Reglamento (situación enteramente sometida al Reglamento 1347/2000).

⁸⁵ DO, C 326, 26-X-12, p. 299.

⁸⁶ DO, C 326, 26-X-12, p. 295.

⁸⁷ *Vid.* arts. 3 y 4 del Protocolo número 21.

⁸⁸ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca, relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 19 de octubre de 2005 (DO, L 300, 17-XI-2005). Entrada en vigor: 1 de julio de 2007 (DO, L 94, 4-IV-2007).

⁸⁹ Con esta misma fecha también entró en vigor el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extienden a Dinamarca las disposiciones del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Acuerdo fue firmado en Bruselas el 19 de octubre de 2005 (DO, L 299, 16-XI-2005). *Vid.* el texto del Reglamento aludido en DO, L 12, 16-I-2001.

⁹⁰ Reglamento (CE) 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo (DO, L 324, 10-XII-2007).

⁹¹ De 20 de noviembre de 2007. *Vid.* el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca en DO L 331, 10-XII-2008.

cualquier Estado miembro de la Unión Europea, pero lo hace de dos formas diferentes impuestas por el propio Reglamento: Una, a través de la previa declaración de ejecutividad por parte de España, para las decisiones procedentes de Dinamarca y Reino Unido⁹² (sección 2ª del Reglamento); y, para el resto de Estados miembros, incluida Irlanda, a través del procedimiento general de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias españolas, por lo tanto, sin necesidad de previa declaración de ejecutividad (sección 1ª del Reglamento).

Por lo que respecta al reconocimiento en España de decisiones de alimentos procedentes de Estados no miembros, la abundancia del derecho convencional que afecta a España obliga a distinguir el reconocimiento de:

a) sentencias procedentes de Noruega, Albania, Bosnia y Herzegovina y Ucrania, que se someterán al nuevo Convenio de la Haya de 2007⁹³, en la medida en que este, ha entrado en vigor para la Unión Europea, y por lo tanto para España, en agosto de 2014;

b) sentencias procedentes de otros Estados no miembros de la Unión Europea, que no son parte del Convenio de La Haya de 2007, pero sí lo son de su precedente, el Convenio de La Haya de 1973⁹⁴. Será aplicable este último en cuanto a las condiciones de reconocimiento, mientras que el procedimiento se ajustará a los artículos 52 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC)⁹⁵, es decir, al procedimiento de exequátur. Ello por no mencionar las relaciones entre España y Uruguay sometidas a un Convenio bilateral⁹⁶ y las relaciones entre España y los Estados pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio que hayan firmado el Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007⁹⁷.

Concretamente, con Islandia, se aplicará este Convenio de Lugano tanto a las condiciones como al procedimiento. Con Suiza, se aplicará el Convenio de La Haya de 1973 a las

⁹² En relación con Reino Unido, y dada la incertidumbre a día de hoy en torno a la concreción de un acuerdo sobre sus relaciones futuras con la Unión Europea, *vid.* el R. Decreto-ley 5/2019, de 1 de marzo, por el que se adoptan medidas de contingencia ante la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea sin que se haya alcanzado el acuerdo previsto en el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (BOE, 2-III-2019).

⁹³ Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. Entrada en vigor: 1-I-2013. Fecha prevista de entrada en vigor para la Unión Europea: 1 de agosto de 2014. Estados parte: Albania, Bosnia y Herzegovina, Noruega y Ucrania (*www.hcch.net*) *Vid.* Decisión del Consejo de 9 de abril de 2014, por la que se modifican los anexos I, II y III de la Decisión 2011/432/UE del Consejo sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (2014/218/UE), DO, L 113, 16-IV-2014).

⁹⁴ Convenio referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 (BOE, 12-VIII-1987, corrección de errores, *ibid.*, 25-XI-1987).

⁹⁵ BOE, 31-VII-2015

⁹⁶ Convenio entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflictos de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (BOE, 5-II-1992).

⁹⁷ *Cit.* en nota 77.

condiciones, dada la primacía del Convenio en materia particular, y el Convenio de Lugano al procedimiento⁹⁸, todo ello en la clave jurisprudencial y doctrinal del *favor recognitionis*. Finalmente, el reconocimiento de sentencias noruegas se somete, como ya he señalado, al nuevo Convenio de La Haya de 2007, tanto para las condiciones como para el procedimiento. Si hubiera algún Estado fuera de este mapa, se estará a las condiciones y al procedimiento de *exequatur* previstos en la LCJIMC. En definitiva, una amalgama de normas que crea una situación caótica para las obligaciones alimenticias⁹⁹.

2. Incoherencia de algunos resultados

Junto con la complejidad, también he señalado la poca coherencia de algunos resultados derivados del DIPr. europeo, con el agravante de que tales resultados pueden derivar de previsiones que constituyen señas de identidad de la regulación europea. Es el caso de lo que puede ocurrir en el sector del reconocimiento de decisiones, en particular en materia de derecho de familia, a partir de dos principios claramente asumidos por el derecho de la Unión Europea: a) la ausencia de un control de la competencia judicial internacional con la que conoció el juez del Estado origen; b) la posibilidad de proceder a un reconocimiento parcial, es decir solo de alguno de los pronunciamientos de la sentencia. La actuación conjunta de ambas previsiones puede conducir a situaciones absurdas. Basta para ello que en una misma demanda haya distintas peticiones interdependientes y que no resulte aplicable la misma norma a la determinación de la competencia judicial internacional y al reconocimiento de decisiones¹⁰⁰.

Imaginemos, por ejemplo, una situación en la que un progenitor francés, que reside con su hijo menor de edad en un Estado no miembro de la Unión Europea, plantea demanda ante los tribunales franceses contra un español residente en España. En dicha demanda se reclama el establecimiento de la filiación, la custodia del hijo y una pensión alimenticia para este. Si el tribunal francés se declarara -de forma irregular- competente para todas estas cuestiones sobre la base de la nacionalidad francesa de la parte demandante, el posterior intento de reconocimiento en España de su sentencia plantearía la siguiente situación:

Por lo que respecta al pronunciamiento sobre el establecimiento de la filiación, la aplicación del artículo 7 del Convenio hispano francés, de 28 de mayo de 1969, impediría su reconocimiento¹⁰¹. En efecto, este precepto establece el control de la competencia judicial

⁹⁸ Vid el art. 67.5º del Convenio de Lugano de 2007.

⁹⁹ Cf. esta afirmación EN GARAU SOBRINO, F., *Conflictus Legum*, 16 abril 2014.

¹⁰⁰ Vid. este planteamiento en RODRÍGUEZ MATEOS, P., "La diversidad normativa en la protección internacional del menor", en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C.Y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya...*, *op. cit.*, pp. 785-798, esp. p. 797.

¹⁰¹ BOE, 14-III-1970.

internacional y no admite la competencia con la que conoció el juez francés, competencia que se había fundamentado en la nacionalidad -francesa- del demandante, a tenor de lo dispuesto por la norma interna de competencia, el artículo 14 del Código Civil En relación con la custodia y los alimentos el juez francés también habría carecido de competencia judicial internacional a partir, respectivamente del Reglamento (CE) 2201/2003 y del Reglamento 4/2009. Sin embargo, esta indebida e igualmente exorbitante atribución de competencia por el juez francés quedaría sin sanción por lo que respecta a estos dos pronunciamientos. En materia de custodia, el Reglamento (CE) 2201/2003 no controla la competencia judicial internacional si la demanda y la sentencia son posteriores a su fecha de aplicación, aunque el juez haya conocido vulnerando las normas de competencia del Derecho de la Unión Europea. Dado que, en materia de alimentos, el Reglamento (CE) 4/2009 tampoco prevé un control de competencia judicial internacional¹⁰², podría llegar a plantearse el sinsentido de reconocer una decisión de custodia y una obligación de alimentos en relación a un menor que no tiene reconocida la filiación. Evidentemente, no es una solución admisible desde un punto de vista de lógica jurídica y podría cuestionarse en caso de pronunciamientos interdependientes, aunque el reconocimiento parcial¹⁰³ sea, en términos generales, inherente a la regulación europea.

V. Conclusión final

A través de los planteamientos y ejemplificaciones hasta aquí expuestos, he pretendido destacar la incidencia que la internacionalización de las relaciones privadas presenta sobre un determinado derecho estatal. Esta incidencia se manifiesta en dos sentidos:

Por un lado, plantea la eficacia de las nuevas y particulares regulaciones del derecho civil español, como pueda ser el matrimonio entre personas del mismo sexo, en sistemas extranjeros que desconocen esta posibilidad.

Por otro, la relación privada internacional dinamiza la presencia de nuevas calificaciones y regulaciones en el seno del propio derecho civil español. En este sentido, el proceso de

¹⁰² Este Reglamento no prevé un control de la competencia del juez de origen en la ejecución inmediata prevista en la sección 1 del capítulo IV, aplicable a sentencias dictadas en un Estado miembro con posterioridad al 18 de junio de 2011. Tampoco, en la declaración de ejecutividad prevista en la sección 2, propia de las resoluciones dictadas por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 (Reino Unido y Dinamarca). Esta sección segunda sería aplicable a las resoluciones dictadas antes del 18 de junio de 2011, pero con solicitud de reconocimiento posterior, y también a las dictadas después de dicha fecha, pero que derivan de un procedimiento iniciado con anterioridad. *Vid.* art. 75 del Reglamento 4/2009.

¹⁰³ *Vid.* la referencia al reconocimiento parcial en sede de alimentos en el art. 37 del Reglamento (UE) 4/2009. Sobre la independencia del reconocimiento de la obligación de alimentos respecto de la relación que sea la base de dicha obligación, *vid.* el art. 22 y el Considerando n° 25 del mismo Reglamento, así como el Considerando n° 12 del Protocolo de La Haya de 2007, sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias –*àts.*- (“la obtención de alimentos no prejuzga el sustrato civil que la sustenta”).

europización del DIPr, intensifica hasta tal punto la especialidad de las relaciones intracomunitarias que comienza a perfilarse una suerte de estatus civil europeo¹⁰⁴.

Confiemos en que la complejidad reguladora y, en ocasiones, la improvisación del legislador, incluido el europeo, no convierta esta preciada especialidad en un caos.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *Anuario Derecho Civil*, t. XLVI, 1993.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución” en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C.Y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*. M. Pons, 2013.
- ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derecho civiles forales*, Madrid, Tecnos, 1987; *id. Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1988.
- BAXTER, I.F.G., “International Business and Choice of Law”, *Int. Comp. Law Quaterly*, vol. 37, 1987
- BONOMI, A y WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013.
- BRILLMAYER, L. “Rights, Fairnes and Choice of Law”, *Yale L.J.*, vol. 98, num. 7, 1989*id.*, “Post-Modernism in American Choice of Law”, *Liber Amicorum F. Laurent*, Bruselas, Story-Scientia, 1989
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, Ed. Comares, Colección 'Ciencia Jurídica y Derecho Internacional', 2014.
- CURRIE, B. *Selected Essays on Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963.
- DE TORRES PEREA, J.M., “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor, *ibid.*, n° 8281, 28-III-14.
- ESPINAR VICENTE, J.M., “La Ley 20/2011 de Registro civil y la certificación registral extranjera como título de inscripción”, *Anuario Español Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á., “Some Thoughts on a EU Code on Private International Law”, en *Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato? / Towards a EU PIL Codification*
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Sobre el contenido del Derecho internacional privado (I)”, *Rev. Españõ Derecho Internacional*, vol. XXXVIII, 1986.
- FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Barcelona, B. Aires, M. Pons, 2010.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, spécialisation et matèrialisation des règles de droit international privé”, *Rec. des Cours.*, t. 287 (2000, tiré à part).
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios en homenaje al Profesor A. Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996.
- HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013.
- JIMÉNEZ BLANCO, P., P. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Universidad de Oviedo/M. Pons, 2008.
- KEY, H.H., “A Defense of Currie`s Governmental Interest Analysis”, *Rec. des Cours*, t. 215 (1989-III).

¹⁰⁴ *Vid.* LAGARDE, P., “The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission’s Proposal of 24 April 2013”, *Yearbook of Pr. Int. Law*, vol. XV, 2013/2014, pp. 1-12; KOHLER, Ch., “Towards the Recognition of Civil Status in the European Union”, *ibid.*, pp. 13-30.

- LAGARDE, P., “The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission’s Proposal of 24 April 2013”, *Yearbook of Pr. Int. Law*, vol. XV, 2013/2014.
- MIAJA DE LA MUELA, A. “L’influence de D. Maury sur les spécialistes espagnols du droit international privé”, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. I (*droit international privé et public*), París, Dalloz/Sirey, 1960.
- NEUHAUS, P. H., “Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache”, *RabelsZ.*, 1949-1950.
- PARRÓN CAMBERO, M.J., “Mater Semper certa est, pater Semper incertus est”, *La Ley*, nº 8269, 12-III-14.
- PONSAK, B., “Choice of Law: Interest Analysis and its «New Critics»”, *American Journ. Comp. Law.*, vol. 36, nº 4, 1988
- RODRÍGUEZ MATEOS, P. “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, junio, 2014.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P. “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *Rev. Española Derecho Internacional*, vol. XL, 1988-1.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P. “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989”, *Rev. Española Derecho Internacional*, vol. XLIV, 1992-2.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P. Y ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Spanish Practice in Respect if Intercountry Adoption”, *Spanish Yearbook Int. Law*, vol. XV, 2009.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *ibid.*, nº 8293, 15-IV-2014.
- SÁNCHEZ LORENZO S.A., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.
- SAVIGNY, F.C., *Sistema de Derecho romano actual* (vertido al castellano por J. Mesía y M. Poley), t. VI, Madrid, F. Góngora y compañía ed., 1879.
- SEDLER, R.A., “American Federalism, State Sovereignty and the Interest Analysis Approach to the Choice of Law”, en NAFZIGER, J.A.R. y SYMEONIDES, S.C. (Eds.), *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Nueva York, Transnational Publishers, 2002.
- SIEHR, K., “European Private International Law and Non-European Countries”, BORCHERS, P.J. Y ZECOLL, J. (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millenium. Essays in Honor of Friedrich Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers, 2000.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *La Ley*, nº 8162, 3- X-13.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español”, *ibid.*, nº 8279, 26-III-2014.

**¿EL ABANDONO DE UN MÉTODO ÚNICO A FAVOR DE UNA
PLURALIDAD METODOLÓGICA, IMPLICA UNA RENOVACIÓN DE LOS
OBJETIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?**

*Ruben SANTOS BELANDRO**

Recibido: 05.02.19

Aceptado:01.03.19

Resumen: Al observar el mundo actual donde todo se mueve y todo cambia, por lo general abruptamente o a pasos acelerados, para quienes hemos dedicado la vida el estudio y al ejercicio del Derecho, no deja de preocupar esta aparición de nuevas estructuras jurídicas que el hombre crea –como ha hecho siempre- y dónde encajar los valores y miradas de toda la vida ante los nuevos acontecimientos. El Derecho todo busca un nuevo centro, las fuentes del Derecho se amplían, los métodos ofrecen una panoplia de recursos para captar y normar las relaciones humanas, y el Derecho internacional privado tiene que hacer lo propio para no quedar a la vera del camino.

Palabras claves: Evolución del Derecho internacional privado - Estado-Nación, territorialidad y territorio - pluralismo metodológico, enfoque multinivel, conflicto y conciliación, coacción y persuasión, la internormatividad.

**Does the abandonment of a single method in favor of a
methodological plurality imply a renewal of the objectives of private
international Law?**

Abstract. When we observe the current world where everything moves and everything changes, usually abruptly or at accelerated steps, for those who have dedicated our lives to the study and practice of Law, this emergence of new legal structures that man creates - not to mention as he has always done - and where to fit the values and views of a lifetime in the face of new events. The Law seeks a new center, the sources of law are expanded, the methods offer panoply of resources to capture and regulate human relations, and private international law has to do the same to not stay on the behind of the road.

Key words. Evolution of private international law, Nation-State, territoriality and territory, methodological pluralism, multilevel approach, conflict and conciliation, coercion and persuasion, internormativity.

* Ex Profesor de Derecho Internacional Privado en Régimen de Dedicación Total. Ex Profesor de Derecho Extranjero y Comparado. Profesor *ad honorem* del Instituto de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Universidad de la República. Uruguay.

I. El nombre y el contenido del nuevo Derecho internacional privado¹

¿Qué cosa defiende el Derecho internacional privado? ¿A quién defiende o pretende defender? ¿Qué debe preservarse del Derecho internacional privado actual? ¿Qué puede obtenerse por otros medios que los actuales? ¿Cómo cambiar ante la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones sin perder lo bueno adquirido? ¿Y qué es lo bueno adquirido?

Cuando afirmamos que el mundo se ha complejizado no percibimos adecuadamente si realmente el pasado fue mejor o si lo estamos idealizando al punto de solo tomar en consideración los aspectos más atractivos. ¿Pero en realidad pudo haber sido mejor cuando el Derecho era una herramienta tosca y rudimentaria? ¿O cuando las desigualdades entre los individuos eran notorias y reconocidas como justas? ¿O cuando se aceptaba la esclavitud de un sector de los humanos? Muchas preguntas más podrían ser formuladas para ajustar el recuerdo del pasado a la realidad del pasado. Lo que no cabe duda es que el mundo jurídico, político y social era tan complejo como lo es hoy. Que a veces era necesario transitar por caminos totalmente desconocidos para obtener la solución de casos inéditos hasta ese momento. No otra cosa les sucedió a los extraordinarios juristas del s. XII cuando las ciudades independientes -aunque no soberanas- del *mezzogiorno* comenzaron a acentuar el tránsito humano y el tráfico comercial. Siempre volvemos al caso clásico ¿debe seguirse el estatuto de Módena o de Venecia para otorgar un testamento por un ciudadano modenense en la ciudad lacustre? Para dar una respuesta a un problema inédito acudieron a una norma de carácter sustantivo que imponía una fe religiosa a quienes estaban sometidos al poder del que dictó la norma (*cujus regio, ejus religio*). De ahí fueron naciendo los conocidos estatutos y, una forma de razonamiento en base a la extensión del ámbito de su vigencia (personal, real o mixta), la que unos ocho siglos después fue sustituida por la teoría del Maestro alemán que, sin descartar el método anterior, prefirió examinar, ante todo, a la relación privada internacional y a aplicar el Derecho estatal de su sede.

Ubicados en el s. XXI -nuestro siglo- todos percibimos la extrema complejidad que ha adquirido el mundo humano en todos los campos, complejidad que puede deberse a la evolución misma de la comunidad humana, al acontecimiento de nuevos hechos antes impensados que exigen una respuesta -exactamente como en los s. XII y XIII- y que quizás como en aquellas lejanas épocas nos pleguemos a la tendencia de privilegiar el hogar, lo doméstico, para resolver problemas extraños a él. Muy numerosos han sido los autores que

¹ Se trata de un Capítulo de la obra del autor titulada *Métodos. Un análisis de las variantes metodológicas en Derecho internacional privado*, en trámite de publicación.

han confeccionado una lista de los principales problemas que debe abordar el presente siglo, cada uno con su enfoque personal, que obedece a su formación, a su especialización, a su cultura y a sus ideas². Evidentemente -y sin desconocer el mundo antiguo- el nuestro es complejo, sumamente complejo, y que examinarlo de una forma general y global puede ser una forma de no decir nada. La prudencia aconseja que ante un fenómeno no captable por la mente humana en su totalidad o en su globalidad, resulta apropiado comenzar por examinar los diversos componentes de esta complejidad. En tal sentido encaminaremos nuestras reflexiones y, como ha sido siempre, la cuestión metodológica ha merecido una esmerada consideración.

II. El mundo de ayer no es el mismo del de hoy

El Derecho internacional ha transitado desde el s. XII hasta el día de hoy conviviendo con muy distintos sistemas jurídicos, políticos y económicos. El poder de la religión católica en la Europa continental fue uno de los factores cohesivos, así como la herencia del Derecho romano justinianeo, y durante mucho tiempo se acudió a las normas del Imperio aun cuando el Imperio hacía tiempo que había caído. El Derecho internacional nace en pleno feudalismo, dentro de un régimen estamentario, donde la adhesión a la tierra y su posesión como símbolo de estatus fue fundamental. La circulación era escasa, el comercio no se extendía más allá de la propia comarca. Este esquema se verá lentamente desplazado en el espacio italiano donde, debido a diversos factores, los ciudadanos de las diferentes ciudades comenzaron a circular en ese espacio y a realizar preguntas nuevas que requerían igualmente nuevas respuestas. Las Universidades fueron una creación fundamental para irradiar el conocimiento jurídico basado en la recuperación de los textos romanos. Fueron “como plantas de almácigo en un vivero bien protegido”³.

El feudalismo va cediendo su lugar a la conformación de los Estados-nación, que fueron adquiriendo progresivamente el monopolio de los poderes de legislar, de juzgar y del ejercicio de la fuerza pública. El Derecho internacional privado se ve forzado a adaptarse a la nueva situación, la que reclamaba un lugar central a la idea de soberanía. Ello produjo la lamentable pérdida de la idea de vivir dentro de una comunidad internacional tolerante y

² Por ejemplo: MESA-MOLES MARTEL, María Paz. *Génesis y formación del Derecho internacional privado (Una aproximación histórica)*, Tesis doctoral, Madrid, F. de C. J. y S. U. Rey Juan Carlos. 2007. p. 347. YNTEMA, Hessel F, *Les objectifs du Droit international privé*, Revue Critique de Droit International Privé, 1, 1959. ARNAUD, André-Jean, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Revue Internationale de Droit Comparé, 29, 1977. 1. p. 213. CASTEL, Jean Gabriel, *Les approches des systèmes de Droit international privé et les Conventions internationales*, Ahjuag, Cours Judiciaires Suprêmes Francophones, p. 1.

³ TOYNBEE, Arnold, *Estudio de la historia*, Vol. 1, Buenos Aires, Emecé, 1961, p. 41.

acantonó al Derecho internacional privado dentro de cada Estado con una factura inevitablemente particular. Nuestra disciplina adquiere forzosamente entonces, un claro objetivo distributivo de leyes que busca uniformar las soluciones mediante reglas de conflicto concebidas como universales, idea que sin embargo no tuvo el éxito deseado, por lo menos en cuanto a su universalidad.

En la parte terminal del s. XX y comienzos de este s. XXI la situación no es la misma. El Estado-Nación ha comenzado a deshilacharse, se ha dicho que las fronteras han caído, que ya no son un límite insuperable para que las personas se entiendan entre sí ante el avance de los medios electrónicos. Emergen organismos internacionales inexistentes en otro tiempo, se afianza la actuación de organismos no gubernamentales en el campo internacional, los individuos van adquiriendo más derechos y mayor confianza y respaldo jurídico para defenderse tanto ante tribunales nacionales como internacionales. Surgen empresas que tienen al espacio transnacional como su lugar natural de actuación. Aumenta la permeabilidad de los órdenes y sistemas jurídicos como modo de apoyarse mutuamente para solucionar problemas -como el ambiental, el terrorismo, etc.- que no pueden ser resueltos individualmente por cada organización estatal. El comercio ya no se halla enclavado en cada Estado y bajo la mirada directriz de estos últimos, se va perdiendo lentamente el comercio de Estado a Estado para pasar a otro plano: el mundial o transnacional⁴. Aparecen dos tendencias que debilitan a los Estados, o que por lo menos modifican el concepto tradicional de soberanía:

- se asiste a una integración política y/o económica hacia afuera, externa, mediante la creación de espacios de integración económica y hasta política y jurídica; y,
- por otro lado, a una descentralización interna (también política, jurídica y económica) que posibilita que regiones o ciudades de los Estados se desvinculen hasta cierto punto del poder central, para actuar por su cuenta en el ámbito transnacional⁵.

⁴ MERCADO PACHECO, Pedro, *Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político-estatal?*, N° 9, Madrid, AFDEAM, 2005. "Hasta ahora, a los Estados les había bastado controlar el territorio para controlar la riqueza; la riqueza agraria o industrial tenía como referente al Estado. El control sobre la frontera fue condición suficiente para que el Estado ejerciera su monopolio político y desplegara sus poderes soberanos: hacer las leyes, impartir justicia, emitir moneda y recaudar impuestos. Estado nacional, territorio nacional, riqueza nacional, han constituido durante siglos el marco de la acción política y económica. La globalización económica rompe la cadena 'Estado-nación-mercado' (...) Hoy no existe contenedor, la economía es el mundo. La economía rompe su vínculo con el territorio, se desterritorializa. El mercado no tiene raíces y no está indisolublemente unido al territorio, se ha convertido en *u-topos*, en un no-lugar". p. 129 y 130.

⁵ ARENAS GARCÍA, Rafael, *El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes*, Bilbao, Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz de 2001, 2008, p. 47 y 48.

El resultado es la presencia de un Estado complejo donde se multiplica el número y los niveles de decisión política. La nación ha dejado de ser un elemento clave del Estado y éste debe renovarse o convertirse en un fósil⁶. Somos testigos de la presencia de todos estos fenómenos en cada día de nuestra existencia, por lo que no cabe profundizar más en estos aspectos por todos conocidos. Basta tener en cuenta que la situación de este siglo no es exactamente la misma que los anteriores.

III. ¿Es correcto hablar hoy de Estado-Nación?

¿Es correcto presentar al Estado-Nación como algo que progresivamente iría perdiendo la utilidad y su razón de ser, por lo menos en la forma que éste es concebido? Lo que está siendo cuestionado respecto del Estado, es en primer lugar esa unión conceptual “Estado-Nación” en cuanto estamos asistiendo a bifurcaciones, des-conexiones y re-conexiones que están poniendo en discusión la pretendida “naturalidad” del Estado-Nación moderno⁷. Incluso hay quienes se preguntan ¿quién le canta hoy al Estado nación?⁸ Precisamente, Uruguay ha pasado por ese proceso de creación de una nación donde solo existía Estado (*malgré lui*) y podríamos afirmar que lo ha logrado con éxito a través de la adopción de los Tratados de Montevideo de Derecho internacional Privado de 1889 y de 1940 que favorecieron la integración mediante sus puntos de contacto; de una educación laica, gratuita y obligatoria, de la separación de la Iglesia y del Estado; de una legislación social de avanzada; de la adhesión a fórmulas democráticas; de la erección de un Estado de Derecho; etc. En ese siglo y algo, que media entre la independencia de 1830 hasta el año 1940 o 1950, se creía firmemente que “para producir la nación que sirve de fundamento al Estado-Nación, la nación debería purificarse de su heterogeneidad, excepto en los casos donde cierto pluralismo permite la reproducción de la homogeneidad sobre otra base. (...) (Al día de hoy) al mismo tiempo que diversos proyectos de unificación al estilo del Estado-Nación se derrumban a nuestro alrededor, lo que emerge es la vieja mezcla multiétnica. (...)

⁶ Sin embargo, esta suerte –o este destino– no es ineluctablemente el de todo Estado, solo de aquellos que no superarán los moldes anteriores que se verán imposibilitados de adaptarse al nuevo contexto. En esa carrera adaptativa habrá ganadores y perdedores.

⁷ BUTLER, Judith, SPIVAK, Gayatri Chackravorty, *¿Quién le canta al Estado-Nación? Lenguaje, política, pertenencia*, Buenos Aires, 2009, Prólogo de Eduardo Grüner en el diálogo entre Butler y Spivak, p. 37.

⁸ BUTLER, Judith. SPIVAK, Gayatri Chackravorty, *¿Quién le canta (...)* Ob. Cit. El título se halla motivado por haberse cantado en una oportunidad, el himno estadounidense en español, lo cual produjo una respuesta fastidiada del presidente George W. Bush de que el himno norteamericano debe ser cantado en inglés. La respuesta está demostrando que aun los dirigentes políticos de los más importantes Estados no perciben, o no aceptan ese rasgo de diversidad existente (cualquiera de las dos actitudes es extremadamente preocupante), a pesar de las protestas de que “nosotros también somos Norteamérica”, o de que “nosotros también somos componentes de la nación norteamericana”.

Grandes Estados con muchas nacionalidades, que no pueden ser pensados como Estados-Nación en el sentido de Arendt. A pesar del carácter posnacional del capital global, *la estructura política abstracta todavía se localiza en el Estado*. (...) (Entonces) ¿Qué parte del Estado-Nación sigue siendo útil?⁹.

Una nueva forma de pensar el Estado sin el adjetivo de “Nación” o replanteando el concepto no al estilo tradicional consiste en imaginarlo como una participación cooperativa entre personas que, a pesar de su diversidad, se sienten parte de un conglomerado unido a través del respeto mutuo de sus derechos fundamentales. No se discute entonces la existencia del Estado, pues en América Latina su presencia es algo inevitable y más aún, insustituible, porque con un Estado democrático basado en el Estado de Derecho, el Estado ha sido y es el escudo protector de los débiles, el repartidor de la riqueza de una forma equilibrada, el promotor de políticas de superación de las situaciones de riesgo, etc. No existe otro organismo que al día de hoy cumpla sus funciones. Por tanto, el Estado, sea como sea su composición, debe permanecer cumpliendo esas tareas esenciales.

IV. ¿La territorialidad y el territorio son elementos esenciales del Derecho internacional privado?

Para el jurista, el territorio *es* el Estado, “Estado y territorio se encuentran estrechamente vinculados y en conjunto representan el elemento fundador de la sociedad internacional. Por tanto, la noción de territorio es una noción propia al Estado. (...) No hay Estado sin territorio”, y nunca mejor dicho que el territorio es un elemento del ser del Estado y no un punto de su haber¹⁰. Hoy se piensa el territorio como “título de competencia”, o sea el ámbito de validez del orden jurídico estatal, que resulta acompañada por otras dos

⁹ “Preguntas como: ¿qué es un Estado-Nación (y su reverso: ¿qué es un Estado sin nación o una nación sin Estado, como la palestina? ¿Qué es una ‘lengua nacional’? ¿Qué es una ‘frontera’? ¿Qué es una ‘identidad’ (nacional, étnica, cultural, política, sexual? ¿Qué es ser un ciudadano, y su reverso: qué es ser un sin-Estado? Todas estas preguntas, dicho sea de paso, están a la orden del día en un caso plenamente actual como el de Bolivia (...) un Estado-Nación multiétnico, multilingüístico, con *una* lengua oficial (el castellano) pero que en lo *real* habla quichua, aymara, chipaya, etc. Seguramente lo mismo podrá encontrarse en tantas ‘naciones’ africanas (los bantúes, que son una de las comunidades étnico-lingüísticas más extendidas ¿son ruandeses, ugandeses, tanzanos? Con toda seguridad en la india spivakiana (donde hay una docena de lenguas reconocidas oficialmente y más de una treintena habladas de hecho) y aun en Europa (bosnios, croatas, eslovenos, georgianos, azerbaijanos, y ciertamente no solo en la Europa implosionada con la caída del muro y la disolución de la URSS sino en la más ‘clásica’ y venerable ¿qué es un ‘español’ para los catalanes, vascos, gallegos, asturianos, andaluces? ¿Qué es un ‘italiano’ para los piemonteses, toscanos, napolitanos, amalfitanos, sicilianos, calabreses, corsos, sardos? ¿Qué es incluso un ‘francés’ cuando nos enteramos de que las tres cuartas partes del pueblo que en 1789 hizo la Revolución *francesa* hablaba vasco, gascón, bretón, occitano, *langue d’oc*?” Prólogo de Eduardo Grüner en la obra que contiene el diálogo entre Spivak y Butler. p. 32 y 33. Las cursivas son del autor.

¹⁰ LEBON, Lydia, *La territorialité et l’Union Européenne. Approches de Droit Public*, Bordeaux Montesquieu-Bordeaux, IV, 2013, p. 9 y 10.

ideas: la de poder y la de soberanía. Y en tal sentido, el territorio localiza la soberanía. Estas dos ideas conducen en principio, a la territorialidad de las leyes, lo cual reafirma la diversidad cultural e igualmente la independencia del sistema jurídico nacional¹¹.

Lo que acontece es que, si la territorialidad se diluye en extraterritorialidad, ello repercute sobre otro elemento indispensable del Estado: sobre las fronteras, las que se ven superadas y hasta cierto punto, volatilizadas. Porque una cosa es superar las fronteras sin desconocer su existencia, como modo de asegurar la continuidad jurídica de las relaciones privadas internacionales, y otra muy distinta sería privarles de toda trascendencia, banalizarlas absolutamente¹². Durante mucho tiempo se sostuvo que el principio de territorialidad se definía como un postulado según el cual el Derecho en vigor en un territorio era solo aplicable en ese territorio y que fuera del mismo no tenía efecto alguno. Lo que el Maestro Alfonsín denominó “territorialismo estricto del Derecho estatal”¹³. Es aquí donde cabe citar como autor de un cambio radical en la concepción de la territorialidad del Derecho a Federico Carlos de Savigny, que en su concepción privatista trató de borrar esa concepción de la territorialidad. La desterritorialización que propició, condujo a la apertura del campo de la norma más allá del territorio nacional, que, en ese pasaje de la norma nacional de un Estado a otro, perdería su imperatividad, pero no su juridicidad. Su planteo privatista fue sencillo: proclamar la igualdad y la extraterritorialidad (eventual) de todas las leyes. Por tanto, la territorialidad no fue considerada un principio fijo.

Como señala acertadamente Lebon, “la territorialidad ha sufrido mutaciones que han sido el eco de las sufridas por el Estado con el cual se encuentra asociada estrechamente. Entonces, habría siempre atenuaciones al principio de territorialidad, movimientos de distensión del lazo entre el territorio la competencia del Estado, lo que ha contribuido a la multiplicación de las hipótesis de superación del principio”¹⁴. La escuela neo-territorialista rioplatense tuvo una visión particular del fenómeno en tanto aspiró a crear un método universal de localización donde las conexiones adjudicadas a cada categoría fueran determinadas objetivamente -partiendo de la igualdad entre la ley del foro y la ley extranjera-

¹¹ LEBON, Lydia, *La territorialité (...)* Ob. Cit., p. 14 y 15. .

¹² KLÖTGEN, Paul, *La frontière et le Droit, esquisse d'une problématique*, Scienza Iuris, 2011, 1, p. 45 y 51.

¹³ ALFONSÍN, QUINTÍN, *Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, 1982.

¹⁴ LEBON, Lydia, *La territorialité (...)* Ob. Cit. p. 18 y 19. “Siempre ha habido atenuaciones al principio de territorialidad. Para Ruiz Fabri siempre ha habido edades de oro de la territorialidad seguidos de destrucción o de erosión. El principio de territorio –principio mayor- siempre ha sido dotado de principios menores. Entonces, pareciera que la afirmación del principio de territorialidad se ve acompañada de la necesidad de limitarlo?”.

lo cual conduciría a su aceptación general y hasta mundial de las reglas de conflicto así elaboradas.

V. ¿Significa un regreso a los orígenes medievales un nuevo enfoque multinivel donde el Derecho internacional privado podría aportar su experticia?

Por otro lado, se ha descrito una situación realmente interesante al sostener que “el territorio no es ya más el lugar donde se ejerce la competencia exclusiva de un Estado omnicompetente, aceptándose que un territorio ya no corresponde más a un sistema jurídico único, sino que, por el contrario, sobre el territorio estatal pueden reconocerse -y admitirse- varios sistemas jurídicos coexistentes. Con una descripción muy gráfica afirma que el Estado está como en un sándwich, porque sufre una superación de la territorialidad, tanto por lo bajo, como por lo alto e, igualmente, por los costados. El proceso es doble: de perforación y de fragmentación. Tiene razón Appadurai cuando afirma que todo acontece como que deberíamos comenzar a vernos más allá de la nación¹⁵.

- Por lo alto, en cuanto han surgido organizaciones supraestatales que inciden sobre sus Estados integrantes con mayor o mejor fuerza o, como dice Lebon, según un interés más o menos posesivo;

- por lo bajo, se perciben presiones internas por parte de colectividades federadas o descentralizadas, que apetecen administrar directamente una parte de la cosa pública en el ámbito internacional; y

- por los costados en las relaciones entre los Estados, a la que nosotros podríamos agregar en este último sector a los movimientos extraestatales, y en tal caso habría que pensar en territorios y en espacios¹⁶. Esta triple presión sufrida por los Estados implica interacciones y entrelazamientos complejos entre los distintos sistemas jurídicos involucrados, donde no parece posible un ordenamiento puramente lineal y jerárquico¹⁷.

¹⁵ APPADURAI, Arjun, *Soberanía sin territorialidad. Notas para una geografía posnacional*, Nueva Sociedad, No. 163, p. 107.

¹⁶ SANTOS BELANDRO, Ruben, “Territorio, frontera, soberanía y espacios. Cuatro conceptos que tensionan al Derecho internacional privado actual”, Año 22, N° 43, Montevideo, Revista de Derecho Público, agosto 2013, p. 75-110

¹⁷ LEBON, Lydia, *La territorialité (...)* Ob. Cit, p. 19. Todo estaría indicando que aun partiendo de la idea de la extraterritorialidad de todas las leyes estatales, la edad de oro de la territorialidad estaría siendo superada. El territorio es mirado *más como un criterio oportunista* para justificar la aplicación de las normas de uno o varios sistemas jurídicos *sin ningún ánimo de inalterabilidad*, será apreciado o desechado de acuerdo a los intereses que se persigan. “Puede decirse que el territorio es cuestionado allí donde se pensaba ser el más fuerte: en su reivindicación del monopolio y de la exclusividad”. p. 22. “La infraestatalidad normativa supone el reconocimiento de autonomía normativa a entes políticos de ámbito territorial inferior al Estado, lo que da lugar a la convivencia de la ley con fuentes cuyo ámbito de vigencia o aplicabilidad se restringe a un territorio que no coincide con la totalidad del Estado y a un círculo de destinatarios que lógicamente es más reducido que

Lo que está aconteciendo lo describe muy bien Rafael Arenas: “la disminución del papel estatal en la organización política de la sociedad implica la aparición de realidades *infra* y *supra* estatales que consolidan la existencia de relaciones sociales que presentan un nivel de homogeneidad equivalente a las que se desarrollan en el seno de los Estados tradicionales. La consecuencia más relevante de este fenómeno es la imposibilidad de diferenciar entre situaciones homogéneas y heterogéneas, situaciones internas e internacionales. La multiplicación de los niveles territoriales de articulación social se ha visto acompañada de la diversidad de los niveles de decisión política, de tal manera que actualmente el centro de gravedad ya no es la regulación específica de las situaciones heterogéneas sino la delimitación del ámbito de aplicación de cada uno de los sistemas reguladores existentes”¹⁸.

Los entusiastas de este proceso de desarticulación estatal ponen como ejemplo el caso belga. Bélgica se constituyó en la mitad del s. XIX como un Estado unitario: un rey, una ley, un gobierno y un aparato judicial, pero ya la Constitución de 1831 había dejado la puerta abierta a la posibilidad de iniciar un proceso de descentralización que efectivamente comenzó en 1970 y que culminó en 1994, aun cuando los pronósticos son de que aún no se ha dicho la última palabra. Bélgica además integra la Unión Europea y ello ha provocado que en realidad ha sufrido un doble movimiento: de descentralización hacia abajo o en lo interno, y de aproximación o incluso de centralización hacia lo alto o sea hacia arriba¹⁹.

En lo interno, Bélgica reconoce la autonomía de las colectividades federadas: tres comunidades y tres regiones, concediéndoles el derecho de promover de manera exclusiva políticas que serán puestas en funcionamiento solo en una porción del territorio nacional. El

el afectado por el Derecho del Estado. Las leyes de los *länder* en Alemania, de las *regioni* en Italia, o de las comunidades autónomas de España, suponen procesos político-institucionales de progresivo reconocimiento de las nacionalidades o regiones como entes territoriales que pueden contar con poderes políticos y normativos propios para regular y gestionar las cuestiones que afecten su territorio y a los residentes en el mismo, velando por sus intereses ante el Estado y ante el resto de las nacionalidades o regiones, dando lugar a una suerte de potestad legislativa compartida entre las clásicas instancias centrales y los entes políticos territoriales infraestatales. En suma, la ley estatal –antaoño suprema, exclusiva y uniforme– en la actualidad se ve abocada a convivir con esas otras fuentes del Derecho, procedentes de organismos públicos de ámbito territorial superior o inferior al Estado, y que por diversos motivos cuentan con legitimidad política. Hasta cierto punto la pérdida del carácter único del Derecho estatal pondría de manifiesto un proceso inverso al de la construcción del Estado moderno: si éste se guió por el principio de no reconocer poder a ningún tipo de organización distinta (superior o inferior) al Estado, hoy se advierte un cambio en las relaciones políticas, en el sentido de que el Estado necesita cooperar con otros Estados o con entes políticos territoriales y ello se refleja en cada vez más materias que son objeto de competencias normativas concurrentes, cuando no, cedidas o sustraídas por completo a la soberanía del Estado”. CORDOBA, Gema Marcilla, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, N.º. 28, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2005, p. 244.

¹⁸ ARENAS GARCÍA, Rafael, *El Derecho internacional privado* (...) Ob. Cit. p. 71.

¹⁹ VEN GERVEN, Walter, *Plaidoirie pour une nouvelle branche du Droit: le “Droit des conflits d’ordres juridiques” dans le prolongement du “Droit des conflits de règles”*, Conférence inaugurale de Droit international privé, 2010, Recueil des Cours, 350, 2010, p. 18.

sistema no reposa sobre la acción complementaria de la colectividad general y de las particulares, porque Bélgica ha aceptado el principio de igualdad para instaurar el sistema federal, y por otro lado, dos comunidades (francesa y flamenca) que tienen primacía ante las demás. Generalmente se exhibe con cierta satisfacción, los ejemplos como el belga de la conformación de una federación interna *dentro* de un proceso de federación externa.

Aludiendo al caso belga Delpérée ha advertido oportunamente que su federalismo es de disociación y no de asociación, en tanto no ha funcionado de la base hacia lo alto sino del centro a las extremidades; además se trata de un federalismo bipolar donde las comunidades francesa y belga tienen ascendencia respecto de las demás, y además se trata de un federalismo de confrontación y no de colaboración, cada comunidad es dueña de su voluntad²⁰. “Cada una de estas organizaciones producen reglas de Derecho donde algunas se aplican directamente a los ciudadanos e igualmente a veces horizontalmente entre los ciudadanos, a lo que se agrega (en relación con esos diferentes niveles (regional, nacional, europeo e internacional) un nivel de autorregulación devenido inevitable en una época donde hay varios ámbitos de la sociedad. Ese fenómeno de reglamentaciones superpuestas -que se llama regulación multinivel o *multi-lawyer governance*- le plantea a los juristas, y más generalmente a los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), problemas que arriesgan superar nuestra imaginación y nuestras capacidades de organización”²¹.

La situación problemática que se nos presenta en esta hipótesis, es realizar una elección no entre diferentes reglas sino (además) entre diferentes niveles jurídicos, labor que conduce a identificar en qué nivel el caso multinacional será regulado de la mejor manera o en qué nivel se encontrará mejor localizado, en tanto que cualquiera de los dos enfoques podría ser admitido. Para ello deben implementarse normas de conflicto específicas o reglas de reenvío de un orden o de un nivel jurídico al otro, para actuar en zonas de multinivel.

El problema de la fragmentación del Estado, su desarticulación, su dislocación, su desacople, es una cuestión absolutamente política, esto hay que tenerlo bien en cuenta. Y el recorrido de este proceso no es para cualquier Estado, solo lo será para aquellos que han adquirido un nivel de madurez y de conciencia democrática que puedan transitar por él (que son muy pocos en este tema). El caso extremo de la fragmentación se ha dado en Europa

²⁰ DELPÉRÉE, Francis, *Le fédéralisme, forme d'adaptation de l'État-Nation: le cas de la Belgique*, Au-delà et en deçà de l'État-Nation, Bruxelles, 1996, p. 149-151. ¿Qué método ha utilizado dicho país para el funcionamiento de las instituciones públicas dentro de tal esquema político-estructural? En primer lugar, se proclama la necesidad de actuar con “lealtad federal”, en segundo lugar, el principio de proporcionalidad que cubre la proporcionalidad política, y en tercer lugar, el principio de subsidiariedad.

²¹ VAN GERVEN, Walter, *Plaidoirie (...)* Ob. Cit. p. 18.

con la disolución de Checoslovaquia en dos Estados: la República Checa y Eslovaquia a través de la Revolución de Terciopelo, que a pesar de lo pacífica y silenciosa que ha sido, ha dejado un gusto amargo al considerar que la solución podría haber sido otra. Bélgica no ha llegado a tanto, pero no está libre de sufrir el mismo proceso, al igual que cualquier Estado que comience a transitar por el mismo camino. Los temores que suscita este proceso son de entidad: el procedimiento puede ser utilizado no como un fin en sí mismo -el reconocimiento de las particularidades de cada grupo etno-cultural-lingüístico y del ejercicio de un poder acorde con su importancia- sino como un medio para, a la larga, salir del Estado y conformar un Estado aparte. Precisamente es el dilema europeo y lo que aparenta ser la situación de Cataluña (por el momento) en España²².

Con los datos del presente, este proceso de desarticulación interna del Estado no debería ser el destino inevitable de todos ellos, y posiblemente tampoco de la mayoría, deben darse muchas condiciones para que el fenómeno *jurídicamente regulado* acontezca. Resultará difícil convencer a países netamente unitarios como Uruguay, con un territorio mediano, que luego de un procedimiento totalmente exitoso en la creación de una nación uruguaya *a cargo* del Estado, tenga ahora que desarmar lo realizado. Habrá que ver, por otro lado, si las diversidades que aparecen hoy en las sociedades estatales -más allá de las tradicionales- producto de un enfoque postmoderno, son un justificativo suficiente para emprender esta aventura. Compartamos o no este proceso de dilución de la unidad estatal -algo que corresponde enjuiciar a cada sociedad involucrada- una vez que estemos ante un Estado con estas características habrá de funcionar el Derecho internacional privado para determinar qué escalón o etapa estatal deberá regir el caso multinacional bajo una nueva óptica para la disciplina, en tanto se compone de macros como de microprocesos en relación con las fuentes, con los sujetos involucrados y reconocidos, y con el respeto de las lógicas propias

²² “Los Estados-Naciones al igual que las organizaciones internacionales lucharán con todas sus fuerzas para resistir la influencia destructora producidas por las divergencias sub-nacionales. La noción de “autodeterminación de los pueblos” está grabada en la Carta de la ONU, pero esta augusta institución está padeciendo este mismo problema”, FRY, Earl H, *La perméabilisation de l'État-Nation dans un monde d'interdépendance internationale globale et de mutations sous-nationales*, Bruselas, Au-delà et en deçà de l'État-Nation, 1996, p. 40. “A veces se llega a que políticas internacionales conducidas por autoridades sub-nacionales se oponen a las de sus propias autoridades nacionales y que ello pone en cuestión la capacidad del Estado-Nación de hablar con una sola voz en materia de política extranjera. (...) Aunque sea posible regular un buen número de estos problemas, un sistema internacional cada vez más complejo e interdependiente, una multiplicación de las divergencias intranacionales y un fenómeno de ‘globolocalismo’ a nivel de las autoridades sub-nacionales, continuarán complicando los procesos de tomas de decisión de los Estados-Naciones en todas partes del mundo”. p. 45 y 52.

de cada proceso. Y, como señala Dias Varella, habrá procesos de influencia mutua, pero también de irritación mutua, que tendrán que resolverse²³.

Si bien no lo vamos a tratar en profundidad, una situación de multinivel (de un escalón superior) igualmente este fenómeno se presenta dentro de la UE con Alemania en los casos Solange, que no indica el nombre de una mujer, sino que significa en alemán “desde hace tiempo”. En ciertas áreas hay una regla de primacía del orden jurídico europeo ante los nacionales, pero esta transferencia de poderes no ha sido general sino limitada y específica. “La expresión (Solange) se ha hecho célebre en el marco de la protección de los derechos humanos mediante una decisión dictada por el Tribunal Constitucional alemán de 1974, que expresó la opinión que *desde hace tiempo* la Comunidad no había desarrollado un sistema de protección de los derechos fundamentales tan adecuado como el previsto por la Constitución y los tribunales alemanes”, con lo que se rechazaba la primacía del Derecho comunitario. El argumento sufrió un retroceso en el año 1986 en el caso Solange II donde el Tribunal Constitucional alemán expresó que se abstendría de examinar en adelante, la legislación comunitaria respecto de los criterios alemanes. Y más tarde, en el año 1993, en el caso Solange III, el Tribunal alemán vuelve sobre sus pasos dándole otro alcance: que el Tribunal defenderá el campo de aplicación de la Constitución alemana, en la medida que, de conformidad con la Constitución alemana, *desde hace tiempo* algunas medidas comunitarias ultrapasan las competencias transferidas a la Comunidad²⁴.

La doctrina vuelve a traer al ruedo el principio de la primacía para solucionar los casos de multinivel relacionados en el párrafo precedente, (que puede volcarse hacia la autoridad superior o inferior) y el principio de subsidiariedad que, conforme al art. 4. par. 3 del TUE proclama que en los ámbitos que no estén regidos *exclusivamente* por el Derecho de la Unión, éste actuará únicamente si y en la medida en que los objetivos de acción propuestos no puedan ser logrados suficientemente por parte de los Estados miembros, ya sea a nivel central, regional o local, pero que pueden ser obtenidos a nivel de la Unión. Según palabras de van Gerven: “el principio de subsidiariedad no concierne exclusivamente a una actitud de las autoridades públicas que exige que el poder sea ejercido al nivel más bajo de autoridad,

²³ DIAS VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do Direito: Direito internacional, globalização e complexidade*, Brasília, 2011, p. 41. “El problema se vuelve complejo debido a que los seres humanos conviven paralelamente en diferentes sistemas jurídicos (ellos no son elementos del sistema). Así, un individuo utiliza el sistema jurídico estatal durante diferentes actividades cotidianas, a la *lex electronica* cuando le llegan E-mails, a la *lex sportiva* cuando participa o asiste a un juego de fútbol. Las personas pasan de un régimen a otro rutinariamente, en el mismo espacio, al mismo tiempo. Hay lo que algunos autores denominan poli-contextualización del Derecho, o sea un Derecho construido en varias capas, con diferentes racionalidades”, p. 377.

²⁴ VAN GERVEN, Walter, *Plaidoirie* (...) Ob. Cit. p. 36.

esto es, el más próximo al ciudadano, sino que también concierne directamente a los ciudadanos y asociaciones y a las empresas que ellos crean. En otras palabras, no solo exige que las autoridades europeas se abstengan de actuar si las autoridades nacionales se hallan mejor ubicadas para atender el objetivo perseguido, también quiere que todas las autoridades públicas se abstengan de actuar si los particulares se hallan mejor capacitados para obtener ese objetivo. En tal sentido, el principio de subsidiariedad implica no solo que el poder sea ejercido lo más cerca posible de los ciudadanos, sino que igualmente implica que, en la medida de lo posible, ese poder sea ejercido por los propios ciudadanos. En este sentido ‘profundo’, la noción forma parte del principio de democracia, en cuanto mejora el carácter democrático del poder decisonal y en la medida de lo posible comporta el deber, por parte de las autoridades públicas, de permitirle a los ciudadanos y a sus organizaciones, regular sus propios asuntos, y, sobre todo, hacerlos participar en proyectos públicos que les interesen directa o indirectamente. (...) Esta noción de subsidiariedad expresa una preferencia para una descentralización de la autoridad pública hacia abajo”²⁵.

Van Gerven agrega que los principios de comparabilidad, proporcionalidad y libertad son tres nociones que se encuentran estrechamente vinculadas con el principio de subsidiariedad. La comparabilidad alude al estudio de las competencias para determinar qué autoridad sabe hacer mejor determinadas actividades. El principio de subsidiariedad examina si la acción propuesta efectivamente contribuye a realizar el objetivo perseguido, si no se va más allá de lo reclamado, y si los costos no son desproporcionados.

Hay otro elemento notable en este concepto de subsidiariedad: que en todas las reglas legales existe un criterio de preferencia cuando debemos elegir entre escalones de autoridades públicas o entre un escalón de autoridad pública y un escalón privado: en la primera hipótesis se va al escalón de la autoridad pública más bajo; y en la segunda situación se opta por el escalón privado. Ello tiene una consecuencia notable: que un instrumento de autorregulación podría importar sobre un instrumento de regulación pública, salvo que el instrumento de autorregulación sea menos coactivo y, por tanto, menos capaz que un instrumento público para hacer respetar derechos y deberes de unos y otros, especialmente por la vía judicial. Como puede apreciarse no se trata de sistemas entrelazados y sin jerarquía, sino que funcionan en capas.

En conclusión, la dificultad de un sistema por capas podría superarse en atención a la aplicación de tres principios: el de la primacía, el de la subsidiariedad y el último sería la

²⁵ VAN GERVEN, Walte,. *Plaidoirie* (...) Ob. Cit. p. 42.

búsqueda de una armonización o, simplemente, de una convergencia, introducidas por medios flexibles de regulación a través de la gobernanza. Es inevitable ver en todo esto que el poder se encuentra diseminado horizontal y verticalmente, pasando de la pirámide a la red, hallándonos ante un nuevo paradigma: el de la convergencia, dirigida o espontánea, que vendría a sustituir, por lo menos parcialmente, a la codificación²⁶.

En nuestra región, la cuestión del multinivel ha sido tratada y resuelta en las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P.) debido a la intervención constante de la Delegación de Canadá al proponer una cláusula federal que respetase su conformación política. La forma de solucionar el tema del multinivel puede dividirse en dos:

- o la regla de conflicto se remite al Estado federal y luego éste posee una regla de conflicto interfederal que determinará cuál Estado federado es el competente;

- o una Convención internacional determina directamente cuál Estado federado es el competente, pasando por encima del Estado federal. A medida que las capas institucionales se van multiplicando estas dos soluciones aparentan ser un poco rígidas, por lo que sería importante introducir el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la selección del Derecho concreto aplicable, así como los principios antes mencionados (primacía, subsidiariedad y convergencia) que deberán adecuarse al tipo de multinivel que se esté instrumentando. Todos estos, temas de Derecho internacional privado que intenta “hacer vivir” en la diversidad.

Si podemos poner un grano de arena a favor de este proceso, podríamos decir que los fenómenos de supra e infraestatalidad normativa, si bien implican una revisión de la forma de ejercer la soberanía, por lo menos siguen considerando al Estado como un elemento clave de competencias normativas o reguladoras, o sea que no ponen en juicio que las instituciones públicas se hagan cargo de la regulación de los asuntos de interés general, y esto, según nuestro enfoque es importante²⁷.

La simple lectura del panorama descrito no permite duda alguna que el “mundo jurídico” al decir de Goldschmidt, se ha complicado, ¿pero es complejo? Por lo menos dentro del operativo de “desarme” estatal no lo parece si por complejo entendemos una interacción firme pero poco previsible entre los distintos elementos que componen el sistema; en el

²⁶ VAN GERVEN, Walter, *Plaidoirie (...)* Ob. Cit. p. 51.

²⁷ CÓRDOBA, Gema Marcilla, *Desregulación (...)* Ob. Cit., p. 244. Quizás el punto neurálgico para provocar la “irritación” se instale cuando las instituciones subestatales pretendan apropiarse de la solución de los problemas de interés general, una actitud que las aproximaría a la independencia y no a una competencia compartida.

sistema complicado hay fuertes interacciones entre los diferentes elementos pero el resultado es previsible, implicará un recorrido más extenso, con más vericuetos que los presentes en la regla de conflicto clásica con su única sede, pero si las reglas del desacople estatal en camadas o en capas están claras, llegará el momento en que la previsibilidad hará su aparición²⁸. El Derecho internacional privado todavía tiene dientes para imponer sus soluciones ante este fenómeno. Recurrimos nuevamente a Dias Varella: “el obstáculo está en demostrar elementos de conexión entre fuentes, sujetos, sistemas de integración y mecanismos de solución de controversias en una nueva complejidad del Derecho internacional. En este ‘carnaval principiológico’, con diferentes criterios de unidad, la unidad del sistema jurídico no es lógica sino política”. Como dice el autor citado, todo ello exige un sistema amplio y complejo de normas de conexión o de ‘acoplamientos estructurales’, o incluso de metodologías de gobernanza, conforme a las diferentes visiones que interpretan el problema”²⁹. Para ello, la creación de procedimientos para el diálogo se presenta como algo fundamental.

VI. El poder de la coacción

Si como se ha dicho, hay una tendencia a la superación del Estado, ¿los derechos (entre ellos los derechos humanos) pueden ser garantizados independientemente de la estructura estatal? O como inquiere Chemillier-Gendreau: ¿puede haber una ley común a toda una sociedad sin una boca para decirla? ¿No será necesaria la presencia de una autoridad? A pesar de las distintas tesis que apuntan a la adhesión antes que, a la coacción y a pesar del adelgazamiento del poder normativo estatal, existe algo que permanece inalterado: la territorialidad de la coacción, mediante el cual, en principio, cada Estado tiene competencia exclusiva para realizar actos de coerción en su territorio. Principio que ha sido mantenido aun dentro de un sistema tan absorbente como el de la Unión Europea. Y ello conduce a afirmar que hablar de “un territorio de la Unión Europea” no equivale o no tiene el mismo sentido, que hablar de un territorio de un Estado, por cuanto la Unión Europea no tiene medios propios de coacción³⁰. Por tanto, cuando la adhesión no es suficiente o no se dé en

²⁸ DIAS VARELLA, Marcelo, *Internacionalização(...)* Ob. Cit., p. 17.

²⁹ DIAS VARELLA, Marcelo, *Internacionalização (...)* Ob. Cit., p. 422 y 438. “El desafío está en conectar los diferentes conjuntos normativos fragmentados”, pero este es precisamente la función de nuestra disciplina, la de tender a una coordinación de sistemas jurídicos.

³⁰ LEBON, Lydia, *La territorialité (...)* Ob. Cit., p. 558.

los hechos, una forma de enderezar las conductas lo constituye la coacción y por el momento, este poder sigue en manos de los Estados³¹.

VII. El fenómeno internético

Por otro lado, tenemos el cuestionamiento al territorio proveniente de los medios electrónicos, particularmente de Internet. Compartimos la opinión que, si bien la red internética trasciende con una facilidad sorprendente los territorios, no los hace desaparecer: “una frontera rápidamente atravesada queda, sin embargo, una frontera. El principio de territorialidad, si bien se reduce en las redes, sin embargo permanece”³². No debemos pasar por alto que el espacio creado por Internet es un espacio *humano*, que funciona por medio de la participación de sus usuarios y para sus usuarios. Podría preocuparnos su presencia si ese mundo funcionara por sí solo, pero ello no es así, los trazos de acción humana son bien evidentes, lo cual -aun reconociendo que puede ser difícil- puede determinarse quién es el autor de un ilícito y su responsabilidad *personal* y fijarla en determinado entorno territorial.

VIII. Qué método para qué situación

Se ha habla constantemente de monismo y de pluralismo metodológico. Si realizamos una retrospectiva histórica podemos confirmar la apreciación de Fritz Jüenger, de que el pluralismo metodológico existió y se practicó desde los tiempos fundacionales de nuestra materia aun cuando el enfoque estatutario llegó a tener un papel de mayor trascendencia. Ello fue así hasta el momento en que aparece el Tomo VIII del *Derecho romano actual* donde Federico Carlos de Savigny planteó su preferencia por un método que se centraba en la relación jurídica antes que en determinar el imperio de la norma. De esta manera se abre la posibilidad de una concepción privatista del Derecho internacional privado, alejada de las preocupaciones de soberanía o de otros elementos propios de los Estados. Sin embargo, fue Bartin quien despejó el método de conflicto de todo lo accesorio y lo sustrajo de esa visión especial que tenía Savigny, basada en el historicismo. De esto modo se facilitó que la teoría de Savigny se transformara en un “savnismo”, o, dicho de otra manera: que el método se desprendiera de la teoría de su autor. A partir de este hecho, el método sirvió tanto para la concepción privatista originaria, como asimismo para otra basada en el Derecho internacional privado concebido como resolviendo un conflicto de soberanías. Enfoque este

³¹ CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, *À quelles conditions l'universalité du Droit international est-elle possible? Conférence inaugurale*, Sessão de Droit International Public, 2011, T. 355, p. 24 y 33.

³² LEBON, Lydia, *La territorialité (...)* Ob. Cit., p. 553.

último, claramente publicista que únicamente permitía la intervención del Estado y de sus legislaciones en la solución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones.

Al observar las debilidades del “savnismo” (o sea solo como método) se fueron conformando con el discurrir del tiempo dos grandes corrientes: los reformadores del método de conflicto y los que querían renunciar a él y sustituirlo por otros u otros considerados más adecuados.

- *En cuanto a los reformadores del método de solución de los conflictos*, éstos mantuvieron su fe en el referido método, aunque fueron conscientes de ciertas anomalías, exageraciones u omisiones, y lucharon por limar esos aspectos irritantes para obtener un método más dúctil y próximo a la realidad. No todos atacaron los mismos problemas o defectos del “savnismo”, sin embargo sus diferentes aspectos fueron analizados y matizados: no más reglas amplias comprensivas de supuestos de hecho no muy compatibles entre sí; no proclamar siempre la igualdad de la ley del foro y de la ley extranjera ante la irrupción, por ejemplo, de las normas de aplicación inmediata; no más neutralidad, que conducía a la consagración de un tipo de normas que no tiene parangón en ningún orden jurídico: la de ser indiferente al resultado material o sustantivo al que conduce, abstrayéndose de la realidad; no tanto distribución y sí más consagración de valores sustantivos, esenciales para la sociedad, que podían adquirir la carga de un orden público de anticipación; supresión, en la medida de lo posible, de su carácter mecánico, contando para ello con la intervención de otro funcionario estatal: el juez, que además de aplicador del Derecho comparte con el legislador la tarea de concretar la norma de conflicto para aplicarla al caso particular (una regla que variaría entonces, según las particularidades de cada situación).

Podríamos confeccionar una lista según la intensidad de la adopción del método tradicional o de las novedades introducidas lo que podría conducir a preguntarnos de qué clase de regla de conflicto estamos hablando, punto esencial para comenzar una discusión sobre las propiedades y defectos de la misma. Pero en líneas generales y con un ánimo didáctico, podemos citar a la regla de conflicto clásica, o sea la original propuesta por Savigny, con una sola sede y por ende con un solo punto de contacto y una sola ley aplicable entendida como axiológicamente vacía; pasando por la regla de conflicto dotada de una orientación material que reclama la satisfacción de ciertos valores más inmediatos o urgentes, porque valores siempre hubo; reglas de conflicto que aceptan una variedad de puntos de conexión conjugados de muy diferente modo según la “simpatía” o “antipatía” de la categoría a regular que pueda generarle al legislador; hasta llegar a proclamaciones difusas, en cuanto ya no se plantea una regla de conflicto por anticipado sino que ésta dependerá de los factores

objetivos y subjetivos que el caso multinacional demuestre preferentemente con determinado orden jurídico, necesitando especialmente la intervención del magistrado para llevar a cabo dicha tarea (reiteramos: no habrá *una* regla de conflicto sino que ésta variará en su conformación con las características del litigio a resolver). Dicho en otras palabras: al juez se le pueden dar pautas, pero no conexiones preconfiguradas rígidas y absolutas. Pero, en definitiva y a pesar de todo, en las hipótesis mencionadas no ha sido posible evitar la nacionalización de la relación privada internacional, en forma total y como destino final, o mediante su fragmentación o *dépeçage*, (pero nacionalización plural, al fin)³³.

- *Si pasamos ahora a los críticos de la existencia misma de la regla de conflicto*, a la par de mostrar sus principales defectos y artificios, éstos ven claramente que la ampliación del marco del Derecho internacional privado desborda el ámbito trazado por dichas normas y proponen - los radicales- descartar la regla indirecta, en tanto que otros amplían el número de los métodos haciéndolos más simples, intentando abatir un juego intelectual excesivo: hay una decisión de eliminar las conexiones apriorísticas, la de no enumerar los puntos de conexión por anticipado sino que su determinación emanará del caso a resolver, adoptando aquella solución más justa desde el punto de vista material; o la renuncia a normas de base geográfica en el espacio Internet; o la atención preferente a los intereses estatales existentes al momento de dictar la regla imponiendo el juego preferente de los intereses del foro; o establecer directivas, orientaciones más que normas (apostando a su consolidación en el futuro como una regla de conflicto nueva, ante la reiteración de determinadas soluciones); u optar por el método sustantivo internacionalmente uniforme que se ajustaría como una media, en tanto da una solución directa y respeta la internacionalidad del supuesto, “si la relación tiene un carácter internacional ella ante todo es una relación sustantiva que reclamaría igualmente una solución también sustantiva”; o admitir el pluralismo de fuentes de diferente naturaleza incluyendo a los órdenes jurídicos extraestatales en la regulación del caso multinacional y evitar el funcionamiento reductor de la regla de conflicto mediante la elección de una sola ley.

Los métodos y ordenación de prelación metodológica habrán de depender de cada materia y de cada situación. Todas las posturas teóricas comprendidas aquí son deconstructivas, sin embargo, quien observe la mayoría de las principales soluciones del

³³ ANCEL, Bertrand, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977. “Hay buenas razones para no enterrar a la regla de conflicto. La primera es la experiencia plurisecular que ha probado su legitimidad, la segunda es su generalidad, su abstracción, su conceptualismo, por todo lo que le es reprochado y en base a lo cual se presenta como el instrumento capaz de operar la elección de la competencia legislativa, teniendo en cuenta en la medida de lo posible, la naturaleza sistemática del Derecho interno”.

Derecho positivo en la región, constatará que existe una cierta inercia en cuanto a emprender un abandono importante del “savnismo”. Aun así, está claro que el Derecho internacional privado deja de ser simplemente un orden de convivencia entre Estados³⁴.

- *También proliferan quienes son partidarios de un cierto eclecticismo*; éstos procuran acudir a la batería de soluciones de ambos bandos, buscando un equilibrio entre las dos tendencias ante la presencia de una nueva heterogeneidad que consideran muy preocupante debido a que - como dice Sánchez Lorenzo- “resulta más difícil prescindir del método que criticarlo”³⁵. Durante la edad de oro del Estado-Nación éste proclamaba -aunque no fuera cierto- la homogeneidad del orden jurídico en lo interno como modo de facilitar la igualdad ante la ley, y la heterogeneidad de los diferentes órdenes jurídicos estatales. Las relaciones interestatales eran las unidades tradicionales de relación, era la ortodoxia. Ese mundo -supuesto más que real- comenzó a debilitarse por dos costados:

- por un lado, ante la inmigración de un número desconocido hasta entonces (para el viejo continente), de personas que portaban culturas muy diferentes entre sí y en relación con el país de acogida. No deberíamos dejar de mencionar que Uruguay -y quizás algún otro país, como Australia- el porcentaje de extranjeros llegó a trepar en determinados momentos hasta el 70%; y por otro lado también se modificó la composición de la propia sociedad “nacional”, que en Latinoamérica es *constitutivamente* diversa ante la presencia de alrededor de 40 millones de integrantes de pueblos originarios, quienes fueron desconocidos en sus derechos por los criollos que se asentaron en los respectivos países. Como conclusión, podemos señalar que, al día de hoy, ya no se regula una sola heterogeneidad³⁶.

³⁴ ESPINAR VICENTE, José María, *De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo. Traditional and new in contemporary private international law*, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteuz, 2010, p. 288, “Al hilo de esta realidad el Derecho internacional fue transformando el marco de ordenación de la convivencia entre Estados para adaptarlo a las nuevas situaciones. Introdujo nuevos sujetos, contempló nuevos actores e identificó y protegió intereses colectivos de salvaguarda prioritaria”. p. 288.

³⁵ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material*, Pacis Artis, Madrid, Obra en homenaje al Profesor Julio D. González Campos, 2005, p. 1766.

³⁶ “Junto al tradicional pluralismo normativo característico del Derecho internacional privado, derivado de la coexistencia de soluciones legales distintas en los diferentes ordenamientos estatales, ahora se consolida un nuevo pluralismo normativo, consecuencia de la generación espontánea de reglas en los distintos sectores de la economía globalizada, que coexisten con las estatales”. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *El Derecho internacional privado ante la globalización*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, T. II, 2001, p. 54. “En un mundo íntimamente interconectado, la ambientación o la sede de la relación ya no constituyen conceptos identificables en los términos en los que podía hacerlo la doctrina clásica. Solo en contadas ocasiones nos enfrentaremos a supuestos que se arraigan de forma natural en uno de los ordenamientos en presencia, manifestando con él una inequívoca vinculación capaz de enervar, en todo o en parte, la fuerza de su conexión con otras leyes. (...) El lugar de asiento de los negocios internacionales tiende a sentarse en un espacio indefinido, donde puede confluir la vocación de aplicación de varias legislaciones. Dicho en otros términos: la sede de la relación no es identificable en un solo sistema. (...) Y si el grado de dispersión de los elementos que

Esa doble percepción –interna y externa- conduce a pensar que en el s. XXI debe concluirse que las sociedades más que homogéneas son culturalmente híbridas. Esta apreciación tiene un efecto impresionante sobre las posibilidades de intervención de la excepción de orden público internacional, la cual ya no debe ser mirada como el mecanismo para mantener la homogeneidad del orden jurídico nacional sino más bien como aquel que debe mantener la convivencia entre las diversas opciones culturales que ofrece y protege *el propio país*. De este modo, “la tolerancia hacia lo extranjero” o “hacia el extranjero” asumido fuertemente por Werner Goldschmidt vuelve al orden público internacional menos defensivo (y ofensivo a la vez) y más contemplativo. La excepción de orden público internacional se ve impregnada de una carga axiológica que antes no tenía y que se vuelve mucho menos parroquial, doméstica, y mucho más cosmopolita, más global, mucho más inter-nacional; o dicho en otros términos: el orden público internacional se ubica en el s. XXI como el último espacio de diálogo ante las diferencias culturales.

IX. El recentramiento de todo Derecho

Para que ello ocurra no solo debemos tener una nueva visión del orden público, sino que hay que tener en cuenta que ello se produce debido a un re-centramiento de *todo* el Derecho.

Las fronteras entre el Derecho público y el Derecho privado se atenúan, y como corolario las relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado. Se han producido en algunos países, movimientos de fusión en un solo texto de las normas de Derecho civil y de Derecho comercial (como en Argentina y Paraguay). Por otro lado, la ley deja de ser el “astro rey” del sistema jurídico debido a que se torna cada vez más contingente, defensora de intereses parciales, objeto permanente de manipulaciones y retoques, producto de una lucha permanente entre sectores por apetecen en el fondo, no un mejor documento sino una porción mayor de poder dentro del esquema político-social interno; y que en lugar de mantener la unidad social, la ley contribuye a su fragmentación³⁷.

conforman el supuesto es suficientemente alto, resultará incluso difícil determinar *a priori* cuáles son los ordenamientos que lo conforman, por lo menos hasta que no haya surgido el problema específico a resolver”. ESPINAR VICENTE, José María, *De lo tradicional(...)* Ob. Cit., p. 281.

³⁷ “La historia del Derecho internacional privado es recorrida por movimientos de centralización y de descentralización. (...) Por tanto, hay una cierta ingenuidad en considerar la jerarquía de las normas como una construcción muy estable para ofrecer una clave de lectura a las evoluciones del Derecho internacional privado” y piensa que la teoría de la jerarquía de las normas es un modo de inteligencia del Derecho, considerando que hay que poner en orden las normas jurídicas. Sin embargo, plantea una interrogante: “¿la unidad del Derecho como sistema, es compatible con la pluralidad de los órdenes jurídicos? ¿Los conflictos entre normas surgidas de órdenes jurídicos distintos pueden resolverse a partir de una jerarquía de las normas?” La respuesta parece

El re-centramiento interno de muchos países conduce a privilegiar a las Constituciones nacionales, ya no consideradas como un simple pacto acerca de la estructura del poder político y de la organización administrativa de la sociedad nacional sino como reservorio de principios y valores que prevalecen ante el resto de las normas. La Carta parece ubicarse como garantía de unidad de todo el ordenamiento jurídico, puesto que, con sus principios y su carga axiológica superior, puede actuar directamente sobre las normas inferiores, encontrándose más al abrigo de las luchas intestinas de cada sociedad.

El re-centramiento también se produce en la creciente importancia dada en Occidente al reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos, los cuales pasan a ubicarse en el centro solar dejado vacante por la ley³⁸. La Constitución pasa a ser fuente directa del Derecho internacional privado (y para gran parte de nuestra doctrina constitucional ya lo es)³⁹. Desde la Constitución hacia abajo todo debe ser mirado con el cristal de los derechos humanos. Derechos humanos que aparte de reconocer sus efectos benéficos en la concesión de una mejor vida para todas las personas, y muy especialmente de aquellas ubicadas en una situación de debilidad o de riesgo, parecerían estar conduciendo a un individualismo excesivo, egoísta, que se presenta a contrapelo con los fundamentos esenciales del resto de las culturas del mundo. Parece inevitable el choque cultural dentro de un mundo humano cada vez más pequeño y más captable en su globalidad⁴⁰.

estar en un pluralismo ordenado porque “la teoría de la jerarquía de las normas proclama la unidad del Derecho como sistema y no la unificación de los órdenes jurídicos”. Encinas de Munagorri alienta la construcción de tantas pirámides normativas de referencias como fuere necesario. “Más aun, estas pirámides pueden coexistir a partir del momento en que la unidad del Derecho como sistema resulta salvada”. ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, *Droit international privé et hiérarchie des normes. Observations sur une reencontre*, 21 *Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2013, p 79 y 93. Por lo cual no hay que dramatizar y enfocar únicamente la pirámide normativa en lo que establece el art. 1 de la *Convención Interamericana de normas generales de Derecho internacional privado* de 1979.

³⁸ La ley examinada desde el punto de vista exclusivamente formal como única garantía de validez y legitimidad justificó los peores horrores en las guerras de la primera mitad del s. XX, es por eso que surgió un clamor que para acreditar ambas cosas (legitimidad y validez) debía examinarse el contenido y especialmente el cumplimiento a través de la ley de los derechos humanos. Numerosos autores escribieron obras muy remarcables al respecto; citaremos especialmente la de Hanna Arendt en *La Condición humana* con su primera edición en inglés del año 1958, y de la misma autora *Los orígenes del totalitarismo*, con una primera edición en el año 1951, también en el citado idioma.

³⁹ “En los umbrales del s. XXI este esquema elemental resulta absolutamente insuficiente para explicar los modos de producción de preceptos jurídicos válidos y eficaces, tanto en nuestro sistema como en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. A la trilogía compuesta por la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho hay que añadir a la Constitución y a los demás instrumentos de producción normativa que en ella se contemplan. En consecuencia, una teoría del Derecho apegada a la realidad, tiene que partir de dos datos: primero, que existen nuevas y poderosas fuentes de producción normativa de carácter supra-estatal, infra-estatal y para-estatal; y segundo, que la tradicional jerarquización de las fuentes tiene que ser revisada”. MESA-MOLES MARTEL, María Paz, *Génesis y formación (...)* Ob. Cit., p. 369 y 370. Ver igualmente: SANTOS BELANDRO, Ruben, *Derechos humanos y Derecho internacional privado. (Un análisis de su influencia recíproca)*, Montevideo, 2018.

⁴⁰ “No todos los sistemas entiende el alcance de cada uno de esos derechos de un modo uniforme. El derecho a la vida, a la intimidad o al matrimonio, por ejemplo, se mueven en el Derecho comparado entre una horquilla

Las fórmulas para mantener los objetivos del Derecho internacional privado -de coordinación entre sistemas y órdenes jurídicos- reclama nuevas respuestas para solucionar los choques de culturas que puedan producirse (y que presionan incluso internamente a los Estados ante la recepción de importantes contingentes de inmigrantes). Ello significa volver a plantear nuevamente el problema metodológico. ¿Es suficiente la práctica del “savnismo” o es necesario re-crear viejos métodos o imaginar otros nuevos? Ralf Michaels se preguntaba si era posible un “savnismo” en la era de la globalización, nosotros podríamos extender la interrogante igualmente el conflicto cultural internacional⁴¹. El problema es cómo llegar a imaginar vehículos idóneos para llegar a una solución satisfactoria en este aspecto. Cómo pensar los derechos humanos, si su concepción y la propia naturaleza varía con cada cultura: donde en algunas se los considera de origen divino y en otras de naturaleza humana, muy humana, y por ende evolutivos y de creación permanente de acuerdo a las circunstancias históricas; donde en la gran mayoría de las culturas el individuo se realiza a través de su integración a una sociedad, en cambio en Occidente ha dado lugar a un individualismo desbridado; *cómo crear un diálogo que produzca una síntesis real y efectiva* y no simples expresiones de deseos.

Hemos expresado en otra oportunidad⁴², nuestro pesimismo en cuanto a encontrar un diálogo que tenga características generales y completas y, sobre todo, efectivas. Nos hemos inclinado por preferir la idea de que la solución de los conflictos interculturales, que en el fondo son diversas maneras de ver la ubicación de las personas en el mundo, a corto y mediano plazo solo puede obtenerse en la solución del caso concreto sometido a la decisión de los jueces. Y que hay un método que ha tenido amplia aceptación en los países de la cuenca rioplatense, que es el método sintético-judicial basado en la triple dimensión del mundo jurídico: sociológica, normativa y de justicia. Nos ha parecido el más completo de todos los que tenemos a la vista. La justicia, en cuando protectora del desarrollo de las personas dentro

de máximos y mínimos, que dista mucho de ser homogénea, (...) Una vez que el ordenamiento ha definido los límites de cada derecho humano en concreto, garantizará su disfrute en los términos en los que él lo entienda. Dicho de otra forma: toda disposición interna directamente vinculada con la forma de concebir y desarrollar un derecho humano tiende a traducirse en una norma de aplicación necesaria al tráfico externo. (...) Cuando el foro considera que el derecho cuya tutela se insta, pertenece a esta categoría, otorgará el amparo atendiendo únicamente a la condición de ser humano del sujeto sin que su calidad de nacional, extranjero, domiciliado o transeúnte, resulte relevante a estos efectos, aunque sí lo sea para determinar la competencia. La norma de conflicto pierde consecuentemente fuerza y pasa a ocupar una posición puramente auxiliar, en caso de ser aplicada””. ESPINAR VICENTE, José María, *De lo tradicional (...)* Ob. Cit., p. 299 y 303.

⁴¹ MICHAELS, Ralf, *Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law and the challenge of europeanization and globalization*, Duke Law. Research Paper, No. 74, September, 2005.

⁴² SANTOS BELANDRO, Ruben, *Derechos humanos y Derecho internacional privado. (Un análisis de su influencia recíproca)*, Montevideo, 2018.

de su libertad y atendiendo a las características del entorno en la que se reclama, sería la herramienta crítica utilizada contra las diferentes culturas y órdenes jurídicos. Método que no colisionaría con los demás, los cuales en principio podrían realizar su aporte a ser recogido luego, por el método sintético-judicial.

Ese momento de reexamen se producirá cuando el magistrado deba decidir qué orden público internacional debe prevalecer, si el orden público parroquial o doméstico (de los Estados extranjeros o del propio Estado) o por el contrario si su tarea es más bien la de obtener una síntesis entre ambos. La regla de conflicto ha sufrido habitualmente el freno del orden público internacional⁴³.

De todos modos, somos conscientes igualmente, que existirán casos trágicos que conducirán inevitablemente a la aplicación de la excepción de orden público tradicional, en tanto excluyente y defensiva.

X. Una nueva manera de concebir la cooperación interestatal

Como puede apreciarse, el tema del orden público conserva su vivacidad e intenta replantearse permanentemente. Compartimos la forma de pensar de Espinar Vicente cuando afirma que “el contenido de la obligación de cooperar entre Estados, base en la que se encuentra su fundamento el Derecho internacional privado, debe ser entendido de una manera distinta a la tradicional cuando se analiza desde la perspectiva que ofrece la mutación de estas tres premisas. Desde un punto de vista general, puede afirmarse que en la actualidad la cooperación interestatal debe entenderse como la obligación de actuar conjuntamente para satisfacer los fines que establece el Derecho internacional, y que este deber no se vincula ya al sustrato utilitarista de la reciprocidad, como ocurría antaño. (...) Por tanto, la cooperación no se plantea ya como un mecanismo para la consecución de intercambios equilibrados, ni para la exigencia de conductas basadas en el *factio ut facias*. La cooperación se entiende hoy, como un instrumento destinado al amparo y protección de unas legítimas expectativas individuales que no podrían realizarse sin la colaboración de los demás miembros de la sociedad internacional y cuya salvaguardia concierne a todos sus componentes”.

Luego agrega que “la sustitución del principio de reciprocidad por el de equidad exige enfocar la cuestión de un modo muy diferente. En la regulación del tráfico externo actual, no solo se trata de articular un sistema que facilita la pervivencia de lo constituido, al amparo

⁴³ DE NOVA, Rodolfo, *Solution de conflit de loi et règlement satisfaisant du rapport international*, Revue Critique de Droit International Privé, 1948, p. 184.

de un Derecho cuando sus titulares se sitúen allende las fronteras de esa legislación. La equidad obliga a cumplir objetivos *de justicia solidaria*. Para realizar esta labor es preciso evitar que el juego de las normas que estructuran los mecanismos de defensa social o económica de cada Estado, queden defraudados a causa del régimen jurídico que se aplique a la regulación de los supuestos de tráfico externo en el foro”.

Y finaliza expresando que “la cooperación basada en la equidad no se satisface valorando si una determinada prestación contractual resulta lícita en aplicación de la *lex contractus* y que nada en ella se opone a lo dispuesto en los preceptos imperativos del foro. Las premisas sobre las que ahora reposa el deber de cooperación solidaria exigen en pura lógica, tener en cuenta las disposiciones tuitivas de cualquier Estado que pudieran verse afectadas por un supuesto de esta naturaleza. Existen disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos y esos preceptos habrán de ser tomados en consideración directamente (y surtir efectos fuera de su ámbito de poder) cuando el deber de cooperar así lo exija”⁴⁴.

XI. Qué objetivo de Derecho internacional privado para qué situación

La primera denominación adjudicada a nuestra disciplina proviene de un opúsculo escrito por Ulric Huber titulado *De conflicto legum* (conflicto de leyes)⁴⁵, denominación que luego fue aceptada por Joseph Story al denominar su obra más conocida como *Comentarios sobre el conflicto de leyes*⁴⁶, aun cuando el referido autor habla también de *international private law* o Derecho internacional privado, término que ha permanecido, a pesar de todas las críticas, hasta el día de hoy.

Muchos especialistas han intentado adoptar un “espíritu auditivo”⁴⁷ ante los profundos cambios experimentada por el “mundo jurídico”, examinado si la definición de la disciplina corresponde con su objeto. Volvemos al comienzo de este Capítulo, pero ¿cuál es su objeto?

⁴⁴ “El deber de cooperar, entendido como una obligación de solidaridad, sigue exigiendo su toma en consideración en atención ‘a las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación’, tanto para el país que las dicta como para el conjunto de naciones a los que la relación se vincula”. ESPINAR VICENTE, José María, *De lo tradicional (...)* Ob. Cit., p. 288 y 289. “Ya no se reflexiona en los términos del ‘imperio de las leyes locales sobre las relaciones jurídicas’ sino que se opera desde las coordenadas de una colaboración con otros sistemas, destinadas a conseguir resultados que no siempre podría alcanzar la ley del foro por sí sola. Se trata entonces, de un desplazamiento del centro de atención del elemento espacial al elemento sustancial de las normas”. ESPINAR VICENTE, José María, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, p. 106.

⁴⁵ HUBER, Ulric. *Conflicto de leis*, Traducción al portugués de Haroldo de Valladao, Rio de Janeiro, 1951.

⁴⁶ Buenos Aires, 1890, T. I. de la obra original del año 1834.

⁴⁷ Expresión de Mariano Aguilar Navarro en *Nuevas perspectivas en el Derecho internacional privado (Consideraciones sugeridas por ciertas tendencias que presenta la doctrina francesa contemporánea)*. Revista Española de Derecho Internacional, 1949, II, p. 435.

La respuesta puede ser bastante decepcionante por cuanto existen a través de los siglos profundas divergencias en cuanto al mismo. ¿El territorio sigue siendo importante? ¿La frontera sigue ocupando un rol trascendente? ¿Es posible poner todo en un saco, sacudirlo un poco y afirmar que lo que extraigamos del mismo lleva a concluir que el Derecho estatal se encuentra banalizado? ¿La pérdida de una parte de su poder normativo discrecional debe conducir a dicha conclusión? ¿El Derecho internacional privado no habrá cambiado de herramientas y en lugar de soluciones dogmáticas basadas en reglas de conflicto de leyes y de jurisdicciones preceptivas -como es el caso de Uruguay- no habrá utilizado otras soluciones para imponer su voluntad? ¿Basta la persuasión moral en el Derecho? ¿Seremos tan ingenuos para caer en dicha conclusión? ¿Ante la presencia de regulaciones de los casos desde un enfoque multinivel, no deberíamos hablar de numerosas jerarquías normativas y no de una sola? En otras palabras ¿la jerarquía consagrada en el art. 1 de la *Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado* no sería sino una de las jerarquías posibles, aunque no la única? ¿Y en ciertas situaciones, no sería mejor combinar antes que jerarquizar, especialmente en las cuestiones de multinivel o cuando se convoca para la tarea normativa a los Derecho extraestatales?⁴⁸ ¿Reorganizar al Derecho internacional privado en torno a los derechos del hombre? Las interrogantes se agolpan, pero al menos debemos precisar que esta última interrogante debe ser respondida por la negativa: los derechos humanos no pueden ser el centro o el objeto del Derecho internacional privado, los derechos humanos tienen su propio hábitat sobre el plano interno en las Constituciones modernas y sobre un nivel más alto en el Derecho internacional de los derechos humanos, puede sí sufrir la influencia de estos derechos así como sufre influencia de las preocupaciones estatales respecto de sus políticas esenciales, etc., pero no nos confundamos, los derechos humanos no son el objeto específico y primordial de nuestra disciplina⁴⁹. En ocasiones puede ser

⁴⁸ BERGÉ, Jean-Sylvestre, *Hiérarchies des normes et application du Droit au niveau national, international et européen*, Versión provisoria.

⁴⁹ “Estas dos concepciones son, por un lado, aquella que considera a la relación jurídica como el elemento más simple del Derecho, y por el otro aquella que identifica al Derecho no tanto en un elemento simple sino en una determinada estructura, la denominada ‘institución’- (...) Sin embargo, hay un profundo contraste entre una teoría institucional y la relacional del Derecho. Quien ve al Derecho *subspecie relationis* parte de una consideración atomística de la sociedad, parte del individuo considerado en sí mismo, que se pone en contacto con otros individuos con los que se ve constreñido a establecer un cierto número de relaciones sociales para garantizar la posibilidad de supervivencia. Quien ve al Derecho *subspecie institutionis* en cambio, parte de una consideración orgánica de la sociedad, la sociedad como un todo orgánico del cual los individuos son partes a las que la sociedad les asigna importantes roles. (...) Quien conciba al Derecho como relación será llevado a considerar al orden jurídico como un conjunto de normas de conducta y quien conciba al Derecho como institución se verá inducido a ver solo normas de organización. BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Novi Studi del Diritto*, Milano, 1984.

necesario acudir a ellos, que oficiarán como un marco operativo, pero el objetivo del Derecho internacional privado es el relacional, marcado por la presente de un elemento de extranjería.

1. Asociación de objeto y método

En algunos autores existió -y aún está presente- una inclinación a asimilar la denominación (y en cierto modo el objetivo de la disciplina) al método que prefiere el especialista. Así, algunos acostumbran a denominar “conflicto de leyes” a la materia, lo cual implica visualizarla desde el método que reinó durante más de un siglo: el método de resolución de los conflictos de leyes y jurisdicciones. El primer profesor uruguayo de Derecho internacional privado, el Licenciado Gonzalo Ramírez, consideró que la materia debía denominarse “Derecho jurisdiccional internacional”, en la medida que trazaba un procedimiento -similar al procesal- que culminaba en la determinación de la ley aplicable; su enfoque era puramente formal con el aditamento de que aceptaba que nuestra disciplina resolviera un conflicto de soberanías⁵⁰.

Y hasta cierto punto, también designarla como “Derecho privado internacional” sugiere que el método más apropiado para regular las relaciones privadas internacionales sea un Derecho material internacional uniforme. Este último enfoque hizo escuela en nuestra doctrina de la mano del Profesor Quintín Alfonsín⁵¹. Al día de hoy, José Carlos Fernández Rozas parece seguir sus pasos al afirmar que “en la actualidad no solo está superada la tradicional ‘concepción publicista’ del Derecho internacional privado basado en el conflicto de soberanías sino que su sustituta, la ‘concepción privatista’ meramente localizadora, está dejando paso a una dimensión de carácter material en virtud de la cual el Derecho internacional privado posee una visión sustantiva en la realización de la justicia. Una visión sustantiva del Derecho internacional privado significa negar, en primer término, la función auxiliar del Derecho internacional privado, como un Derecho de conexión, Derecho sobre el Derecho o sobre la aplicación de las normas, y, por tanto, (habría que) separarse tanto de las corrientes unilateralistas como de las bilateralistas, que ven en el Derecho internacional privado solo, o fundamentalmente, eso. El Derecho internacional privado solo puede tener una función material, al igual que la de cualquier otra rama del Derecho, consistente en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas, que se diferencian por presentar un elemento de

⁵⁰ RAMÍREZ, Gonzalo, *El Derecho internacional privado*, Anales de la Universidad, Año I, T. II. IX, Montevideo. 1892.

⁵¹ ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1982, p. 46 y 47.

internacionalidad. El Derecho internacional privado es, tanto o más Derecho privado que internacional, no se trata de un saber que pueda emanciparse del carácter mercantil, laboral o civil de la controversia, ni que pueda prescindir de los principios materiales que subyacen en la rama o sector del Derecho privado considerado”⁵².

2. La asociación objeto-método se disuelve ante la aceptación de un pluralismo metodológico

En la medida que se aceptan diversos objetivos de Derecho internacional privado la admisión de un único método para atenderlos resulta insostenible. Por tanto, la pluralidad de objetivos de nuestra disciplina que se compone de tres aspectos elementales: el individuo, el Estado y la comunidad internacional, permite la apertura mental hacia la aceptación de otros métodos que el exclusivamente conflictual o el exclusivamente sustantivo.

3. La reunión del Derecho internacional privado en un plexo normativo más amplio donde lo que une es la internacionalidad

Algunos han seguido derroteros asociacionistas o fusionistas. Por ejemplo, Se ha considerado apropiado tender hacia una unificación del Derecho internacional privado y del Derecho comparado⁵³.

En este sentido, la posición extrema ha sido la de Vallindas, cuando propone distinguir entre el Derecho internacional privado *lato sensu* o *stricto sensu*. Parte de la base de que el Derecho internacional privado no puede restringirse únicamente a la regulación de las relaciones de Derecho privado, puesto que al día de hoy resulta muy difícil en cada vez más casos distinguir claramente las relaciones de Derecho privado de las de Derecho público, que debe superarse esta distinción y atender el problema de nuestra disciplina que es uno: el de la coexistencia paralela de varios órdenes jurídicos y de órganos judiciales, administrativos y

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del s. XXI*, Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, 9, 2009, p. 8. “El Derecho internacional privado coadyuva junto a dichos principios, a reducir la problemática que introduce en el caso, la presencia de un elemento internacional, pero con la conciencia de que el ordenamiento jurídico en su conjunto es el que facilita la respuesta final, única a dicha controversia. Ello no significa negar la especificidad del objeto científico del Derecho internacional privado, caracterizado por la situación privada internacional, sino evitar el hurto a la razón que se deriva de considerar las disciplinas jurídicas como meros compartimentos estancos, ajenos a la esencial unidad del ordenamiento jurídico”. p. 9.

⁵³ O por lo menos de un nuevo equilibrio entre las dos disciplinas. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Droit Comparé et Droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux*, Revue International de Droit Comparé, 4, 2000, p. 797-818.

legislativos al interior de cada uno de estos órdenes. Que de lo que se trata es *la vida internacional* y no de las relaciones de Derecho privado de los individuos. Para superar entonces, el carácter restrictivo dado a la materia, propone concebirla en un sentido amplio, que incluya no solo al Derecho internacional privado en un sentido estricto (o sea a los conflictos de leyes de Derecho privado) sino también al Derecho procesal internacional, penal internacional, administrativo internacional, fiscal internacional y constitucional internacional, puesto que en todas estas ramas del Derecho nos encontramos frente a cuestiones que surgen de la vida internacional de los individuos y que nacen de la coexistencia paralela de las reglas pertenecientes a órdenes jurídicos diversos⁵⁴. Tendríamos entonces un solo Derecho internacional por un lado, y para hacer la contraposición, múltiples Derechos estatales o internos por el otro. Pero tamaña macrocefalia, en lugar de favorecer la regulación de las relaciones jurídicas la entorpecería grandemente, sin perjuicio de pensar que aun dentro de dicho título “Derecho internacional” habría que crear subgrupos en materia civil, comercial, procesal, penal, administrativo, fiscal y constitucional, con lo que no se habría ganado absolutamente nada.

4. Mantener el campo del Derecho internacional privado y crear una nueva rama del Derecho

Esta opción es propuesta por Van Gerven en su curso de La Haya. Esta nueva rama sería para resolver no conflicto de leyes -que ya tienen la suya adquirido- sino entre órdenes jurídicos, donde le da preferencia a los conflictos multinivel, lo que parece ser la forma más adecuada para definir esta propuesta⁵⁵.

5. Desechar el conflicto y priorizar la conciliación

Podríamos seguir con las diferentes menciones que hacen alusión a la materia, pero carecería de toda utilidad. Solo queremos cerrar estas diferentes visiones con una postura definida por H. Patrick Glenn en su curso de la Haya, donde da vuelta la medalla, y en lugar de referirse al problema observado tradicionalmente -del conflicto de leyes y de jurisdicciones- defiende la idea de que el objetivo del Derecho internacional privado debe ser ¡la conciliación de las leyes! El citado Profesor afirma que “el Derecho internacional privado se ocupa de las relaciones de Derecho internacional privado entre particulares. Es

⁵⁴ VALLINDAS, Petros G, *Droit international privé “lato sensu” o “stricto sensu”*, Mélanges offerts a Jacques Maury, Paris, 1960, I, p. 509-517. Énfasis agregado.

⁵⁵ VAN GERVEN, Walter, *Plaidoirie (...)* Ob. Cit.

sorprendente -dice el autor- hasta qué punto este objetivo ha sido ampliamente perdido de vista conceptualizando al Derecho internacional privado como una disciplina destinada a resolver conflictos entre las leyes de los Estados. (...) Mediante ese razonamiento, los asuntos de los particulares devienen asuntos de Estado y mediante una cierta comprensión de las relaciones interestatales. (...) La verdadera conciliación no puede venir sino de un compromiso normativo en el cual haya *razones*, a menudo materiales y no exclusivamente geográficas, para aplicar tal o cual ley o tal o cual solución. (...) Debemos buscar que el espacio de elección sea ampliado, lo cual es posible desde el momento en que no conceptualicemos la diferencia como un conflicto. (...) El Derecho internacional privado deviene cada vez más un proceso de deliberación y cada vez menos un campo de aplicación monotonía de reglas. La última característica de una lógica polivalente es la de tener un carácter no monotonía”⁵⁶.

6. Finalmente, reglas referidas a las internormatividad

El panorama descrito trae a la memoria la imagen de la torre de Babel, cuya construcción era para alcanzar el cielo pero que fracasó al maldecir Dios a sus constructores, no con una enfermedad sino con la creación de lenguas diferentes para que no pudieran entenderse entre sí. Ante tantas diferencias quizás sea la mejor manera de definir el objetivo de la disciplina acudiendo a la postura del Profesor Henri Batiffol en cuanto concebía al Derecho internacional privado con el objetivo de coordinar sistemas y órdenes jurídicos⁵⁷. Y ello habría que entenderlo en este momento, en el sentido más amplio posible: coordinación material con coordinación formal; coordinación de métodos formales con métodos sustantivos; coordinación infraestatal con la estatal y la supraestatal⁵⁸; coordinación estatal con la extraestatal; coordinación de las técnicas del Derecho internacional privado con los derechos humanos; coordinación Derecho internacional público con el Derecho internacional privado; y podríamos seguir enumerando posibilidades.

En estos momentos la definición que consideramos más compartible es la de Jacques Chevalier quien considera que “se trata de ordenar lo múltiple mediante procedimientos que apuntan a realizar la puesta en coherencia y a asegurar la compatibilidad de normas de

⁵⁶ GLENN, H. Patrick, *La conciliation des lois. Cours général de Droit international privé (2011)*, Recueil des Cours, 364, 2012, *Passim*.

⁵⁷ BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris, 1979.

⁵⁸ Dentro de la Unión Europea se ha propuesto el método abierto de coordinación (MAC), “un método totalmente descentralizado, que puede funcionar a todos los niveles, estatales e infraestatales, y dejar un lugar importante a los actores no estatales”. Ver más ampliamente a: DE LA ROSA, Stéphane, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, 2007.

diversas proveniencias, se hablará así de ‘interlegalidad’ o de ‘internormatividad’, para caracterizar esos procesos de comunicación y de intercambio entre espacios jurídicos diferentes, órdenes jurídicos distintos, que traducen la emergencia de una concepción nueva de un Derecho estructurado en red”⁵⁹. Consideramos que los términos “internormatividad” e “interlegalidad” no deben ser tomados como equivalentes, el primero es más general que el segundo, en cuanto el concepto “norma” comprende reglas y principios, en cambio en el segundo la palabra “legalidad” hace pensar en leyes, y ese concepto tan restringido no debe adoptarse para relacionar sistemas jurídicos de muy diferentes naturalezas.

Bibliografía

- AGUILAR NAVARRO, Mariano, *Nuevas perspectivas en el Derecho internacional privado (Consideraciones sugeridas por ciertas tendencias que presenta la doctrina francesa contemporánea)*, Revista Española de Derecho Internacional, 1949, II.
- ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1982.
- ANCEL, Bertrand, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977.
- APPADURAL, Arjun, *Soberanía sin territorialidad. Notas para una geografía posnacional*, Nro. 163, Nueva Sociedad.
- ARENAS GARCÍA, Rafael, *El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes*, Bilbao, Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz de 2001, 2008.

⁵⁹ CHEVALIER, Jacques, *Vers un Droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, Revue de Droit Public, No. 3, 1998, p. 676. Otros autores hablan de internormatividad vinculándola con la regla de conflicto: Sylvain Poillot-Peruzzetto afirma que: “el Derecho internacional privado comprende el conjunto de reglas y técnicas de la internormatividad que permite encontrar una solución jurídica a las relaciones que presentan un elemento de extranjería en un contexto de confrontación de los órdenes jurídicos”. Y agrega que “la internormatividad organiza las relaciones entre las normas de los distintos órdenes jurídicos. (...) El Derecho internacional privado aparece como una herramienta clásica de respuesta a esta cuestión: ha sido desarrollado en un contexto de relaciones horizontales entre Estados y por otra parte sirve de modelo en el marco de la construcción comunitaria sin que sin embargo se trata de un modelo exclusivo”. “Efectivamente, el método emblemático del Derecho internacional privado -el método conflictual- consiste ante todo en proponer reglas intermedias para coordinar los sistemas nacionales entre sí: al derivar de la internormatividad estas reglas permiten determinar entre el conjunto de normas potencialmente aplicables, aquella que será aplicada efectivamente. (...) Este método es utilizado cuando no exista regla material directamente aplicable a la situación en cuestión. Es en efecto, el método de Derecho común, el método por descarte, la ‘caja negra’ del Derecho internacional privado. Ella reposa sobre el funcionamiento de reglas de conflicto, es decir, reglas jurídicas que permiten designar el orden jurídico al cual conectar una situación cuya particularidad precisamente es la de presentar vínculos con más de un Estado. (...) Es una regla intermedia porque es una etapa previa a la aplicación de un Derecho material estatal. (...) Las reglas materiales nacionales de los distintos Estados concernidos se encuentran en concurrencia hasta que las reglas de Derecho internacional privado las separan y determinan cuáles serán efectivamente aplicadas”. POILLOT-PERUZZETTO, Sylvain, *Droit international privé*, Université Numérique Juridique Francophone, p. 14, 15 y 17. Por su lado, Delma-Marty afirma que “hay fenómenos de coordinación sin jerarquía, que los internacionalistas denominan ‘fenómenos de internormatividad’, como las normas de la OIT y las de la OMC, o aun las planteadas por instituciones financieras: el BM y el FMI. A la hora actual, en ausencia de jerarquía esta interacción horizontal es dejada a la apreciación de cada organización”. DELMAS-MARTY, Mireille, *La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique*, Conférence publique, Institut International d'Études Sociales, Genève, Novembre, 2006, p. 4.

- ARNAUD, André-Jean, “Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 29, 1977.
- AUDIT, Bernard, “Le Droit international privé à fin du XXe siècle: progrès ou recul”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 1998.
- BATTIFOL, Henri, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, Paris, 1979.
- BERGÉ, Jean-Sylvestre, *Hierarchies des normes et application du Droit au nouveau national, international et européen*, Versión provisoria.
- BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Novi studi del Diritto*, Milano, 1984.
- BOGGIANO, Antonio, “La estructura jurídica del mundo. The legal structure of the World”, Separata de la 5ª edición de *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2007.
- BUTLER, Judith - SPIVAK, Gayatri Chackavorty, *¿Quién le canta al Estado-Nación? Lenguaje, política, pertenencia*, Buenos Aires, 2008.
- CASTEL, Jean Gabriel, *Les approches des systèmes de Droit international privé et les Conventions internationales*, Ahjuag, Cours Judiciaires Suprêmes Francophones.
- CÓRDOBA, Gema Marcillia, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 2005.
- CHATTERJEE, Partha, *La nación en tiempo heterogéneo. Y otros estudios subalternos*, Argentina, 2008.
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique, *À quelles conditions l’universalité du Droit est-elle possible? Conférence inaugurale*, T. 355, Session de Droit International Public, 2011.
- DE LA ROSA, Stéphane, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruselas, 2007.
- DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, T. II, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001.
- DE NOVA, Rodolfo, *Solution de conflit de loi et règlement satisfaisant du rapport international*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1948.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “La Dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique”, *Conférence publique, Institut International d’Études Sociales. Génova*, Noviembre, 2006.
- DELPÉRÉE, Francis, *Le fédéralisme, forme d’adaptation de l’État-Nation: el cas de la Belgique*, Au-delà et en deca de l’État-Nation, Bruselas, 1996.
- DIAS VARELLA, Marcelo, *Internacionalização do Direito: Direito internacional, globalização e complexidade*, Brasília, 2011.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, “Droit international privé et hiérarchie des normes. Observations sur une rencontre”, *21 Journal of Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2013.
- ESPINAR VICENTE, José María, “De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo. Tradicional and new in contemporary private international law”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010.
- ESPINAR VICENTE, José María, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, “Droit comparé et Droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l’exemple des droits fondamentaux”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P, *As novas tendências do Direito internacional privado*, O novo Direito Internacional, Março 2004, Faculdade de Direito/UFRGS, 2004
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P, *El Derecho Internacional privado en el inicio del siglo XXI en homenaje al Prof. Clovis do Couto e Silva*.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Le Droit international privé espagnol aujourd’hui ou le dépassement des paradigmes*, Travaux du Comité Français du Droit International Privé, 2008.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del s. XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 9, 2009.

- FOUCAULT, Michel, *Des espaces autres. Architecture, Mouvement, Continuité*, No. 5.octobre, 1984.
- FRY, Earl H, *La perméabilisation de l'État-Nation dans un monde d'interdépendance internationale globale et de mutations sous-nationales*, Au-delà et en deçà de l'État-Nation, Bruselas, 1996.
- GARAU SOBRINO, Francisco F, “¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, No. 2, 2012.
- GLENN, H. Patrick, “La conciliation des lois. Cours général de Droit international privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 364, 2012.
- HUBER, Ulric, *Conflicto de leis*, Traducción al portugués de Horaldo de Valladao. Río de Janeiro, 1951.
- KLÖTGEN, Paul, *La frontière et le Droit. Esquisse d'une problématique*, 1, Scientia Iuris, 2011.
- LEBON, Lydia, *La territorialité et l'Union Européenne. Approches du Droit Public*, Montesquieu-Bordeaux, IV, 2013.
- LOBO MUNIZ, Tânia - ALCALDE DO NASCIMENTO, Víctor Hugo, *O Direito internacional privado na pós-modernidade e a pluralidade metodológica*.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *Estado y globalización ¿Crisis o redefinición del espacio político-estatal?*, Madrid, AFDEAM. 9. 2005.
- MESA-MOLES MARTEL, María Paz, *Génesis y formación del Derecho internacional privado (Una aproximación histórica)*, Tesis doctoral, Madrid, F. de C. J. t D. U. Rey Juan Carlos, 2007.
- MICHAELS, Ralf, “Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the challenge of europeanization and globalization”, *Duke Law Research Paper*, No. 74, September, 2005.
- MOURA RAMOS, Rui Manuel, “Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?”, *Rapport National, Documetação e Direito Comparado*, No. 73/74, 1998.
- POILLOT-PERUZZETTO, Sylvaine, *Droit international privé*, Université Numérique Juridique Francophone, UNJF.
- RAMÍREZ, Gonzalo, “El Derecho internacional privado”, *Anales de la Universidad*, Año I, T. II, IX, Montevideo, 1892.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Pacis Artis*, Obra en homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Madrid, 2005.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, “Territorio, frontera y espacios. Cuatro conceptos que tensionan al Derecho internacional privado actual”, Montevideo, *Revista de Derecho Público*, Año 22, No. 43, Agosto 2013.
- SANTOS BELANDRO, Rubén, *Derechos humanos y Derecho internacional privado (Un análisis de su influencia recíproca)*, Montevideo, 2018.
- SUBIRATS, Eduardo, *Metamorfosis de la cultura moderna*, Barcelona, 1991.
- Toynbee, Arnold, *Estudio de la historia*, Vol. 1, Buenos Aires, Emecé, 1961.
- VALLINDAS, Petros G, *Droit international privé “lato sensu” o “stricto sensu”*, I, Mélanges offertes à Jacques Maury, Paris, 1960.
- VAN GERVEN, Walter, “Plaidoirie pour une nouvelle branche du Droit: le “Droit des conflits d'ordres juridiques” dans le prolongement du “Droit des conflits des règles”, Conférence inaugural de Droit International Privé, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 350, 2010.
- VRELIS, Spyridon, “Le Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?”, *Revue Héliénique de Droit International*, 51, 1998.
- YNTEMA, Hessel F, “Les objectifs du Droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1, 1959.

**SOBRE LA *DECONSTRUCCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO DE CIVILIZACIÓN* Y LA
AUTODEFENSA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO NACIONAL**

*Gilberto BOUTIN**

Recibido: 10.04.19

Aceptado: 13.05.19

Resumen: La deconstrucción del *orden público de civilización* y la autodefensa del derecho internacional privado nacional, describe dentro de la presente comunicación el sensible declive de la base fundamental de los valores *morales y jurídicos consignados en la civilización occidental, inspirados en la racionalidad helénica, el derecho romano* y sus bifurcaciones, así como la moral *judeo-cristiana* producto del asalto del movimiento *ideológico posthumanidad, o sans humanité*, cuyos efectos no deja incólume la subsistencia de los distintos sistemas conflictuales nacionales. El autonomismo jurídico, el único eslabón no deteriorado del derecho internacional privado es el estatuto personal que está vinculado con el principio *genus nunquam perit* y las reglas del parentesco, principios propios de la antropología jurídica, que hoy se ven claramente amenazados.

Palabras Clave: Derecho Internacional Privado – Orden Público de Civilización – Sistemas Conflictuales.

**On the deconstruction of the public order of civilization and the self defense of
national private international law**

Abstract: The deconstruction of *public order of civilization* and the self-defense of national private international law, describes within the present communication the sensitive decline of the fundamental basis of *moral and legal values ingrained in Western civilization, inspired by Hellenic rationalism, Roman Law and its bifurcations*, as well as *Judeo-Christian morality*, as a result of the assault of the *posthumanity ideological movement, or sans humanité*, whose effects do not leave untouched the subsistence of the different national conflict systems. Legal autonomy, the only non-deteriorated link of private international law is the personal status that is linked to the *genus nunquam perit* principle and the rules of kinship, principles of legal anthropology, which today are clearly threatened.

Key-Words: Private International Law – Public Order of Civilization – Conflict Systems.

* Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Redactor de la Ley 7 de 8 de Mayo de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá (Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015).

I. Introducción

El *affaire* Yelensky¹, pone de relieve el sensible y progresivo declive de lo que a modo de *lege ferenda*, denominamos en esta comunicación, la *deconstrucción del orden público de civilización occidental*, que surge, a iniciativa del gran capital de impulsar la ideología de género². En esta línea, el discurso de género ha ayudado a poner en evidencia que, en el ser humano, la identidad sexual no depende forzosamente de la biología, sino que se encuentra mediada por la libertad y la cultura. Ya el discurso libertario del sexo había sido ampliamente habilitado por Freud³ y Marcuse⁴; el problema no se detiene en un descubrimiento ya anticipado, sino en utilizar dicho discurso para la construcción de una posthumanidad *sans humanité*. No es de nuestro interés aquí asentar si la nueva “ideología” es la *nueva barbarie nihilista* o la nueva *forma contestataria* del ser humano. La finalidad es consignar en esta breve comunicación, el claro derrumbe de los dogmas de civilización⁵ que son hoy impugnados por un movimiento “autocrático”, cuyo fin primordial es la abrogación de toda ética humana **-filosofía, moral y derecho-**. De ahí, la necesidad de dedicar las primeras líneas a lo que denominamos *la deconstrucción del orden público de civilización*, que no conoce parangón alguno dentro de la historia de la humanidad, que resalta el ataque a las fuentes que fundan la ética como lo son la *filosofía griega*, el *derecho romano* y la *moral monoteísta* judeo-cristiana. Por ello una segunda parte, dedicada a describir que el **estatuto personal** es el último bastión del derecho internacional privado⁶ encargado de preservar los criterios de *racionalidad, moral biológica o parentesco como la coexistencia pacífica del derecho y la cultura humana*. En otros términos, *la ciencia de los conflictos de leyes*, recorre bajo el influjo de la ideología de género, el corto camino de su desaparición. Por ello, la necesidad de evocar y preservar las nociones de autodefensa judicial en el derecho internacional privado, como: el orden público internacional y sus facetas, la noción de fraude a la ley, en el dominio de los conflictos de leyes y finalmente, el principio de identidad

¹ PRIMER AFFAIRE. Advertencia de Inconstitucional Alianza Matrimonial ante el Pleno de la Corte Suprema, 2017. Acción constitucional que podría *Bouleverser* toda la tradición de nuestro orden jurídico positivo.

² APARISI Ángeles, “Ideología de Género de la Naturaleza a la Cultura”, *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 61, 2009, pp. 169.

³ SIGMUND Freud, *Le Malaise dans la Civilisation*, Editions Points, 2010, pp. 177.

⁴ MARCUSE Herbert, *Eros et Civilisation*, Editions de Minuit, 1955, pp. 236.

⁵ TOYNBEE Arnold, *Los Colapsos de las Civilizaciones*, Estudios de la Historia, Compendio I/IV Alianza Editorial, 1998, pp. 361.

⁶ KEGEL, Gerhard, *The Crisis of Conflicts of Laws*, *Recueil de Cours de l'Academie de La Haye*, Tº 112, 1964 (denuncia la debacle del método conflictualista. Para luego someternos al imperialismo voluntarista). PANET Amélie, *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales*, Bruylant, 2017, pp. 295; siendo sólo Quintín Alfonsín que denunciará el peligro del autonomismo internacional en la década de los '60, en ALFONSÍN, Quintín, *Escritos Jurídicos*, Tomo 2, Parte 2, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 363.

constitucional como excepciones para frenar la dilución de nuestro sistema conflictual nacional.

II. En torno a la deconstrucción del orden público de civilización occidental

Con el advenimiento del siglo XX, se incorporan problemas y enfermedades ya incubadas por los siglos anteriores⁷, la degradación se expresa de igual manera contra el rechazo de todo idealismo y el pensamiento de lo absurdo⁸, que da paso al existencialismo ateo⁹ unido a la “proclama nietzscheana” con el grito “*Dios ha muerto*”¹⁰. De igual suerte, se materializan como herencia del siglo XIX el nacimiento y muerte de una forma de totalitarismo cultural denominado colonialismo, sustituyéndose por un neocolonialismo económico¹¹ dentro del concierto y rejuegos del choque de ideologías liberales y autocráticas que finalizan con el movimiento de la *Perestroika*. Sobreviene al nuevo orden conflictual el problema entre monoculturalismo y multiculturalismo, el éxodo del emigrante del hemisferio sur al hemisferio norte¹². Esta mutación poblacional presenta así, el dilema sobre qué debe primar en una construcción de un Estado de derecho moderno, ¿unidad cultural o multiculturalidad? Por otro lado, el reflejo del poder del mercado en la creación del fenómeno de la mundialización o globalización de la *nueva ley de mercado*, es el nuevo dios, que genera la mercantilización de la justicia y de la nueva ética; combinación perfecta del capitalismo multinacional y de la alta tecnología al servicio del sistema ultra liberal moderno. Esta desconcertante alianza capital-tecnología ha engendrado los nuevos dioses¹³, que aspiran extinguir “el primer ADN del primate moderno” con la intención de lograr la reducción poblacional del planeta. De ahí, la necesaria “ideología de género” que no reviste los caracteres de un *movimiento laico* propiamente tal¹⁴, sino un movimiento instrumental dirigido a construir una sociedad posthumana, robotizada, y sin normas reflexivas de conciencia. Pero para su recta realización, esta fuerza invasora exige una derogatoria de los valores universales de occidente. Al parecer una “nueva metafísica” se asoma.

⁷ HARNECKERK, Marta, *Los conceptos elementales del Materialismo Histórico*, Siglo Veintiuno, Edotres S.A., 1971, pp. 350. LENIN, *El Materialismo histórico y empiriocriticismo*, Editorial Progreso, Moscú, 1975, pp. 350.

⁸ BOUTIN ICAZA, Gilberto, *El pensamiento político de Emmanuel Mounier*, Tesis de Grado de Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1978.

⁹ VV.AA., Kierkegaard Vivo, UNESCO, 1966, pp. 241.

¹⁰ NIETZSCHE, Friedrich, *Así Habló Zaratustra*, Ediciones Baltasar, 1968, pp. 7.

¹¹ VV. AA., *Colonialisme et post-colonialisme*, Edition Parenthèse, 2004, pp. 175.

¹² COLLIER, Paul, *Exodus: immigration and Multiculturalism in the 21st Century*, Penguin Books, 2013, pp. 273.

¹³ HARARI ZUVAL, Noah, *De Animales a Dioses, breve historia de la Humanidad*, Edición Debate, 2014, pp. 362.

¹⁴ GUY, Haarscher, *La Laïcité*, Puf, 1996, pp. 72.

1. Evolución crítica de los valores occidentales

De los tres pilares de la civilización blanca occidental europea, los mismos se resumen a tres: la *filosofía griega*, el *derecho romano*, y la moral *judeocristiana* -Arnold Toynbee-.

- **La filosofía griega.** Sin duda, construye un hiato entre hombre racional y ley natural. La lógica aristotélica define al hombre como un animal racional sumido a una ética, es decir, a un estado de convivencia entre el individuo como un todo y la necesidad de organizar una *polis*, de ahí, la necesidad del derecho como norma de convivencia¹⁵. El carácter gregario es normativo y por ende ético; siendo las dos primeras fuentes de un *jus in omnia, la fe y la razón*¹⁶. Es el encuentro entre dos visiones, de dos civilizaciones, que descubre principios y valores universales como lo son la civilización hebrea y la helénica¹⁷. Estas dos vertientes dan lugar a la construcción del derecho humano inspirados en un principio de libertad e igualdad social.

El movimiento actual de la denominada *ideología de género*, se auto-explica, como un movimiento “libertario” o mal llamada “la nueva expresión de la izquierda”, que pretende impulsar el abandono de las formas de vida actual, por la reproducción social *sans règles ni critères*¹⁸. *La idea* de este movimiento es el de separar al hombre de la naturaleza. Dicho anti rigor propio de una doctrina indefinida, se traduce en la **desnaturalización** de todos los caracteres distintivos del ser humano, como se trata *del sexo, de la edad, de las capacidades o de las formas de vida (la familia*¹⁹). Se trata finalmente de crear toda una “cultura humana”, decantada de toda la experiencia e injerencia de lo humano, se trata de una invocación del término de derechos humanos sin humanidad o sin atender a la ontología humana.

- **Derecho romano.** *Ubi societas, Ibi jus, pas de société sans droit.* Dentro de la tradición Occidental, el hombre en su diario quehacer elabora en el dominio de la juridicidad, una verdadera antropología, una antropología del hombre productor de juridicidad, es decir, de un *estado de derecho* y de *seguridad jurídica*. Ella, la antropología del fenómeno jurídico, supone la definición mínima de derecho como expresión antropológica²⁰. A lo largo del debate producido por el movimiento de la “ideología de género”, tropieza con dos principios universales heredados de la tradición romanista que se traduce en la alocución latina: “*Genus nunquam perit*”, el género nunca perece. Introducimos dicha alocución latina, estudiada en las

¹⁵ GOYARD-FABRE, Simone, Des théories du droit naturel, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, No. 11, 1988, pp. 11.

¹⁶ SÉRIAUX, Alain, *Le Droit Naturel Presses, Universitaires de France*, 1993, pp. 3.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 4.

¹⁸ MANENT, Pierre, *La loi naturelle et les lois droites de l' homme*, Puf, 2018, pp.6.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 13.

²⁰ RUDE-ANTOINE, Edwige y CHRÉTIEN-VERNICO, Geneviève, *Antropologie et Droits*, Dalloz, 2009, pp. 92.

obligaciones bilaterales, en las reglas de las obligaciones imposibles, así como en el riesgo de la cosa, pero aquí surge como un principio de Derecho Privado Universal. Este principio evoca una regla de continuidad del género que, dentro de las relaciones propias del estatuto personal, entre los cónyuges las reglas de procreación son parte de la perpetuidad de la especie.

El segundo principio, es el de la noción del *parentesco consanguíneo*²¹, es decir, la inserción de una relación imposible de procreación entre dos homosexuales como sinonimia de una obligación marital binaria que constituye una carga imposible de cumplir.

La connotación del principio de la perpetuidad de la especie y de la familia cognaticia, son vulnerados por este movimiento contrario al estado de derecho, bajo el argumento fetichista de los derechos humanos sin fundamento humano.

La plasticidad de dicha ideología arriba mencionada, va dirigida a la base del orden societario en las categorías del *sexo*, la *edad*, la *capacidad* y otras *expresiones de vida*.

Sexo. El sexo es una condición natural del hombre, ella es contrastada por la “deformación del género”. Se trata del *autonomismo subjetivo* de la sexualidad, que avanza vertiginosamente en rechazo a la vida natural biológica que nos define con el fin de desintegrarla imbuido en lo que la nueva escuela italiana denomina el nihilismo jurídico en marcha²².

- La moral judeo-cristiana. El tercer pilar, es la conjunción y signos de la moral *judeo-cristiana*²³, diseminada ella, en el orden jurídico positivo, que de manera explícita e implícita son parte del legal *framework* del Estado moderno²⁴; en sendas corrientes sectarias monoteístas, introducen los valores de la dignidad y preservación o continuidad de la persona humana²⁵ y deviene la antesala incuestionable de los Derechos Humanos²⁶. Y tal afirmación responde a la esencia de la religión, la historia de la religión del hombre. *Theo* es Dios en griego, el *dios pagano* era un dios particular y nacionalista que respondía a una especie cultural,

²¹ MORGAN, LEWIS, *La sociedad primitiva*, Ediciones Endymión, 1987, pp. 30.

²² IRTI, Natalino, *Le nihilisme juridique*, Dalloz, 2017, pp. 15.

²³ COMTE, Fernand, *De la civilisation chrétienne*, Larousse, 1999, pp. 801.

²⁴ GARCIA OLIVA, Javier y HALL, Helen, *Religion, Law and The Constitution*, Roudledge, 2017, pp.156.

²⁵ ROMAIN Pigeaud, *L'amour au temps des Cro-Magnons*, Revue Sciences Humaines, Hors-série special, No. 10, Novembre – Décembre 2009, pp. 10. (*Las religiones monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo condenan la homosexualidad como práctica anti-natural. Toutes les études sur l'érotisme préhistorique partent du principe que les Cro-Magnons étaient tous hétérosexuels. Certain romancier vont jusque attribuer que la disparition de l'homme de Neandertal à une prétendu homosexualité généralisée. La morale comme moteur de sélection naturelle*).

²⁶ H. RIGHTS, *Polity*, Third Edition, 2017, pp. 14.

el *Dios monoteísta* es el que se construye en función de un solo género el hombre universal²⁷. He ahí el carácter solvente del valor humanista de las religiones²⁸ prescindiendo de las debilidades que cada una pueda tener. Las religiones sumidas en procesos de secularización de sus institutos y reglas han servido de cohesión para la existencia de toda civilización. Veamos en nuestros días²⁹ el código civil panameño, forjado por el liberalismo ateo del siglo XIX, construye la norma en el régimen de los contratos en su artículo 1106: *Los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, ni al orden público*³⁰. La tridimensionalidad de normas de conducta societarias está representada en el Derecho, la Religión, y el Estado: siendo una norma de derecho civil, ella tiene rango constitucional en cuanto a que impone límites por los que el jugador debe guiarse. Así, la ley con su carácter imperativo, la moral como expresión de la conciencia crítica societaria³¹, impone como fuente el cristianismo, y el orden público que define los principios que permiten la base del Estado como autoridad coercitiva³².

III. De los sistemas de solución de conflictos y la autodefensa ante la fisura del orden público de civilización

Los derechos internacionales privados nacionales, responden a una cultura jurídica concreta, en el caso de la crisis de los *principios básicos de civilización* vulnerados por un movimiento orquestado internacionalmente, la reacción de todo sistema conflictual descansa en preservar las reglas pertinentes del *derecho personal* de sus nacionales, preservando su vigencia, validez, y alcance como regla de *conflicto positiva* por un lado; y frente a la injerencia de actos o decisiones extranjeras o internacionales que vulneren la identidad jurídica del ordenamiento jurídico del foro, surgen las figuras del orden público internacional, el fraude a la ley, y finalmente el principio de identidad constitucional de cada Estado.

1. De los lineamientos generales del estatuto personal de los panameños

²⁷ OCCAM, Guillermo de, *Tratado sobre los Principios de la Teología*, Editorial Aguilar, Madrid, 1962, pp. 52.

²⁸ FEUERBACH, Ludwig, *La Esencia de la Religión*, Libros Prometeo, 2009, pp. 43.

²⁹ SAVATIER, René, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 35.

³⁰ Código Civil Panameño, 1916.

³¹ Constitución Nacional Panameña.

³² SAVATIER, René, *La Règle Juridique et La Morale*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1949, pp. 27.

Los lineamientos del estatuto personal implica dos aspectos necesarios: su estructura conflictual y fundamento por una parte, y subsecuentemente, el alcance normativo de las categorías que comporta tradicionalmente dicho estatuto.

- Estructura conflictual y fundamento de la ley personal

La formula conflictual del estatuto personal de acuerdo al código de derecho internacional privado panameño lo define como: *el estado, capacidad y derecho de familia de los panameños se rigen por la ley panameña, aun cuando residan en el extranjero. Se presume que el estatuto personal de los extranjeros se rige por su ley nacional, salvo que esta designe otro criterio de conexión. En tal sentido, el juez panameño aplicará la ley designada por la norma de conflicto de la ley nacional extranjera*³³.

Dentro del método conflictual, la regla de conflicto reúne un mínimo de elementos que la conforman y que nos permitimos abordar, como son: la bilateralidad, la neutralidad, formal y extraterritorial.

- Bilateralidad

La regla de conflicto que describe el estatuto personal, se trata de una regla de conflicto bilateral y no bilateralizable, como subsistía en el código civil de 1916³⁴, se trata de una regla de conflicto unilateral que para su comprensión tenía que ser bilateralizada.

Ella es bilateral, pues a pesar que de la inteligencia del texto arriba transcrito parte de la base de la conexión de la nacionalidad como criterio de conexión en torno a los derechos personales y en armonía con la concepción de ley personal subordinada a la nacionalidad, introduce una presunción no irrefragable, que sostiene que el juez dentro de la búsqueda conflictual aplicará el criterio de la nacionalidad para determinar el derecho personal del extranjero; ello no implica un criterio unilateral, cuando de la economía del texto conflictual sostiene que, al designar como conexión la nacionalidad, y ésta a su vez designe un criterio distinto, es en virtud del criterio conflictual de la regla extranjera que se someterá el derecho aplicable. En otros términos, la regla de conflicto instituye el *reenvío legal*, como forma de conciliar los criterios antagónicos entre *nacionalidad vs. domicilio*. A título de ejemplo, un

³³ Artículo 23 Código de Derecho Internacional Privado Panameño: “*El estado, capacidad y derecho de familia de los panameños se rigen por la ley panameña aun cuando residan en el extranjero. Se presume que el estatuto personal de los extranjeros se rige por su ley nacional, salvo que esta designe otro criterio de conexión. En tal sentido, el juez panameño aplicará la ley designada por la norma de conflicto de la ley nacional de extranjero*”.

³⁴ Artículo 5 del Código Civil: “*Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto ella misma disponga otra cosa o designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención*”.

uruguayo, domiciliado en Montreal, desea contraer matrimonio con una panameña; para todos los efectos dentro de la ideología conflictual del artículo en comento, la capacidad de una panameña se rige por su ley nacional. Partiendo de la presunción construida por la regla de conflicto 23 de nuestro código, se presume que la capacidad del novio uruguayo, se somete a la ley personal uruguaya, pero resulta que la regla de conflicto extranjera designada como competente para definir la capacidad general del uruguayo, designa como regla competente no la ley de la nacionalidad uruguaya, sino, la ley del domicilio real y efectivo que es en Montreal, Canadá, como derecho aplicable a la capacidad del ciudadano uruguayo. Dentro de esta hipótesis se configura *le renvoi de segundo grado*.

- Neutralidad

La regla de conflicto del foro, artículo 23 en estudio, es neutra, pues a pesar que la ley personal del sistema conflictual es contundente en apoyarse sobre la nacionalidad como criterio de conexión y unido a una presunción *iuris tantum*, la norma conflictual permite que el sistema conflictual foráneo determine la conexión final.

- Formal

Finalmente, ella es formal, pues como es conocido, la regla de conflicto no apunta a una norma material, sino a un ordenamiento formal y, que dentro del proceso relativo a la *prueba de iure*, le corresponderá al juez o a las partes probar el derecho de fondo que regla la *litis* en cuestión.

- Extraterritorial

La extraterritorial de la regla de conflicto que orienta y la define la nacionalidad comporta una manifiesta importancia pues, el criterio extra-nacional de la regla de colisión es que la misma impera aún cuando el individuo se encuentre fuera del territorio nacional, así observamos el **artículo 33** del código de derecho internacional privado en el campo de la celebración del matrimonio en el extranjero en su inciso segundo que, *si un panameño contrae matrimonio en país extranjero contraviniendo de algún modo las leyes de la República de Panamá, la contravención producirá en Panamá, los mismos efectos que si se hubiera cometido en el territorio*.

En otros términos, las *normas imperativas de aplicación necesaria son extraterritoriales* en el dominio del estatuto personal. A modo de ejemplo, las incapacidades especiales para contraer matrimonio, no podrán ser desconocidas por los nacionales: los elementos necesarios para

la configuración del matrimonio contenidos en el código de la familia y el menor³⁵, las adopciones practicadas en contrariedad con la ley panameña; la prohibición de testar mancomunadamente³⁶; la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo³⁷, sólo por mencionar los más relevantes. En suma, la extraterritorialidad de la ley personal es un medio de preservar la identidad entre el orden jurídico imperativo o necesario y sus nacionales.

2. Fundamento y alcance de la ley personal

El fundamento de la ley personal sustentada en la nacionalidad obedece a un criterio histórico político del derecho civil internacional panameño.

Si bien es cierto que la Convención de Lima³⁸, fuente gestora del nuevo derecho internacional privado Latinoamericano, promovía el criterio de nacionalidad por encima del domicilio, el código del Estado Federal de Panamá 1860, inspirado por Gil Colunje y en concordancia con el Código de Andrés Bello, apuntaba al criterio de la nacionalidad de los Istmeños³⁹.

En efecto, es con el código republicano de 1916 que introduce el Dr. Eusebio A. Morales el artículo 5^a que fundamenta la ley personal de los panameños en función de la nacionalidad. Criterio que doctrinalmente es reconocido por el código de derecho internacional privado como objeto de la ciencia de los conflictos de leyes⁴⁰.

³⁵ Artículos 34 y 35 Código de la Familia y el Menor: 34. “No pueden contraer matrimonio entre sí: 1). Las personas del mismo sexo; 2). Los parientes por consanguinidad o por adopción en línea recta descendente y ascendente; y en línea colateral hasta el segundo grado; 3). Los parientes por afinidad en la línea recta descendente y ascendente; y 4). El condenado como autor o cómplice de un homicidio, ejecutado, frustrado o intentado, contra uno de los cónyuges, con el otro cónyuge sobreviviente. Mientras estuviere pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio”. 35. “Esta prohibido el matrimonio: 1). Al menor de dieciocho (18) años, sin el consentimiento previo y expreso de quien ejerza en relación a él la patria potestad o la tutela en su caso. 2). A la mujer cuyo matrimonio haya sido disuelto durante los trescientos días siguientes a la fecha de a disolución o antes de dar a luz si hubiese quedado embarazada, a menos que, acredite, con certificado médico, que no se hallaba en estado de gestación al momento de divorcio. Este certificado, en caso de embarazo posterior, constituirá presunción de la paternidad del cónyuge del nuevo matrimonio; presunción que admite prueba en contrario. En los casos de la mujer divorciada o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, el

término se contará en la forma en que señala el Capítulo VII, del Título I de este libro; 3). Al padre o madre que administre los bienes de sus hijos o hijas menores, mientras no haya hecho inventario judicial de los bienes de dichos hijos o hijas; y 4). Al tutor y a sus descendientes con la persona que está o ha estado bajo su guarda, hasta que, fenecida la tutela, se aprueben judicialmente las cuentas de su cargo”.

³⁶ Artículo 701 Código Civil: “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

³⁷ Artículo 35 del Código de Derecho Internacional Privado Panameño: “Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo”.

³⁸ Artículo 1878-1879 Convención de Lima.

³⁹ Artículo 14 del Código Gil Colunje de 1855.

⁴⁰ Artículo 1 inciso 4 de la ley 61 de 7 de octubre de 2015: “El Código de Derecho Internacional Privado se aplicará cuando no medie tratado internacional que regule la materia. Este código regula: 4 Lo concerniente a la cooperación judicial internacional. También regirá lo atinente a la nacionalidad panameña, como factor de conexión, que le permita al juez tomar

La nacionalidad es objeto de estudio no sólo por el derecho internacional privado, sino por el derecho constitucional, y el propio derecho internacional público. En nuestro campo, la nacionalidad es definida como: **el vínculo político y jurídico de una persona con el Estado**⁴¹. Dentro del desarrollo de la nacionalidad, ella presenta una aplicación múltiple pues la doble nacionalidad no está regulada ni descrita en nuestra legislación al apuntar que la segunda nacionalidad adquirida por un nacional no le es oponible al Estado panameño en contra de los privilegios que pudiera concederle⁴². Subordinación e imperatividad de la ley personal es la conclusión política del criterio de la nacionalidad como fundamento de la ley personal dentro de los *conflictos interpersonales, culturales y de civilización*.

- Alcance de la ley personal

El dominio de la ley personal se dirige a tres categorías sensibles: al Estado, capacidad, y derecho de familia. Ello comporta todo lo atinente a la cultura congénita a la cual pertenece un individuo a un determinado grupo o sociedad culturalmente definida. Si bien es cierto, todos los hombres biológicamente son iguales, lo que nos distingue es la cultura y la expresión del derecho elaborado por nuestra comunidad.

- El estado civil

El estado civil de un individuo son sus atributos personales y vinculación a un orden político, como son: el nombre, su domicilio, nacionalidad, su actividad profesional, todo ello vinculado al acto registral y familiar⁴³. El Registro del estado civil *comprenderá las inscripciones de nacimientos, matrimonios y defunciones, y las anotaciones de emancipaciones, reconocimientos, legitimaciones, adopciones, habilitación de edad, sentencias firmes de divorcio o nulidad de matrimonio, y las dictadas en juicios de simple separación de cuerpos o de bienes*, es decir, el control de identidad que ejerce el registro civil en los países tributarios de las Instituciones de la modernidad francesa.

en cuenta la determinación del derecho aplicable dentro de una relación de Derecho Internacional, así como la condición jurídica del extranjero frente a las leyes positivas que regulan el estatus de los emigrantes en la República de Panamá, los derechos regularmente adquiridos fuera del territorio de la República de Panamá.

⁴¹ Artículo 25 del Código de Derecho Internacional Privado: “*El vínculo político y jurídico de una persona con el Estado en la nacionalidad.*”.

⁴² Inciso 2, Artículo 25 del Código de Derecho Internacional Privado: “*La acumulación de una segunda nacionalidad por un panameño no le es oponible al Estado panameño en cuanto a los privilegios que dicha segunda nacionalidad le pudiera conferir.*”.

⁴³ Artículo 311 Código Civil.

El estado civil es objeto de controversia particularmente en los matrimonios mixtos panameño-norteamericana, el cambio de apellido del primer matrimonio es usual producto de la desunión o divorcio; la práctica es el cambio de apellido del esposo original reemplazándolo por el apellido del nuevo marido, sin que medie proceso ni registro en el ordenamiento jurídico del primer núcleo matrimonial.

El estado civil presenta múltiples formas, celibato o soltería, casado, defunción o muerte. Este atributo de la personalidad se mezcla con derechos patrimoniales, instrumentalizados en instrumentos de distribución de activos como: la fundación de interés privado *mortis causa*, o el fideicomiso testamentario o *testamentary trust*. También el estado civil permite transmitir la nacionalidad a sus descendientes, el reconocimiento o no de un hijo procreado bajo contrato de arrendamiento de vientre mal conocido en nuestra legislación. El estado civil, el sexo, y la sexualidad constituyen el *leitmotiv* de controversia de nuestros días. El estado civil es inagotable en subtemas legales.

- De la Capacidad

Hablar de la capacidad civil de las personas es dirigirnos a su *alter ego* normativo, las incapacidades generales y especiales legales, y las declaraciones de interdicción judicial propias del dominio del derecho de personas. De este modo, la capacidad para contraer matrimonio regula las incapacidades legales⁴⁴, naturales⁴⁵. La mutación del estado civil comporta fenómenos relativos a la emancipación como también a la extinción del sujeto de derecho, y sus consecuencias patrimoniales y personales.

La edad clave para determinar la capacidad, en un período se estableció en 21 años, luego en 1972 se modificó a 18 años, y hoy se discute su vigencia. La edad es un medio de calcular los derechos adquiridos en materia de cuota obrero patronal, pues varía la edad de jubilación en función de la edad y del género – hombre o mujer-.

La capacidad es importante en la validez de los contratos internacionales, la capacidad para el derecho internacional privado continental hace parte del estatuto personal y no contractual. La capacidad para el otorgamiento de mandatos o poderes otorgados en el extranjero para ser utilizados en otro país apela a esta noción multi-expresiva⁴⁶.

⁴⁴ Artículo 92 C.C.

⁴⁵ Artículo 93 C.C.

⁴⁶ Convención de Panamá de 1975.

Pero la capacidad también juega un papel importante dentro de las causales de impugnación del laudo arbitral extranjero⁴⁷ e internacional⁴⁸.

La capacidad es una categoría manejable en todas las esferas del derecho y de gran prestancia.

- Derecho de Familia

La familia es objeto de estudio de la ciencia política, la antropología y el derecho – civil e internacional privado-.

La familia, por vía de la relación cognaticia y de afinidad, deviene el fundamento del Estado⁴⁹. Pero el derecho de familia forma parte de la Declaración de los Derechos del Hombre⁵⁰, subsecuentemente reconocido por la Convención Europea de los Derechos del Hombre suscrita en Roma en 1950 y entra en vigencia en 1953, para luego ser impulsada en nuestro hemisferio la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁵¹.

Antropológicamente, la familia es el núcleo creador de lo que se denomina el parentesco, forjando de esta manera el desarrollo de la antropología jurídica. Los lazos de la herencia y formas políticas de la sociedad, y expresión de la identidad cultural y forma de perpetuarse en el tiempo. Ella es concebida, la familia, como una institución moral anterior al derecho positivo⁵².

IV. Criterios de autodefensa del derecho internacional privado del foro y el *affaire Jelensky*

Dentro de la tradición del método conflictual clásico, al cual obedece el sistema de *solución de conflicto del foro*, el mismo descansa en los problemas básicos de la *calificación* de la relación jurídica, el *reenvío*, y *el orden público internacional*, y sus diversas manifestaciones.

La calificación⁵³. El proceso intelectual del juez que condiciona la ley aplicable, mientras que el reenvío -*le renvoi*- es la armonización entre conflictos entre reglas de conflictos derivadas de ordenamiento jurídicos distintos.

⁴⁷ Artículo Vº Convención de New York de 1958.

⁴⁸ Artículo Vº Convención de Panamá de 1975.

⁴⁹ Artículo 57 Constitución Nacional: “*El matrimonio es el fundamento legal de la familia, descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges y puede ser disuelto de acuerdo con la Ley*”.

⁵⁰ Artículo 16 Declaración de los Derechos del Hombre de 1948.

⁵¹ Artículo 17 Declaración de los Derechos del Hombre de 1948.

⁵² BOULANGER, François, *Droit Civil de la Famille*, Tome Iº, Económica, 1992, pp. 27.

⁵³ Artículo 5 del Código de Derecho Internacional Privado: “*El juez previamente calificará la naturaleza internacional de una relación o negocio jurídico, fundamentado en el tratado que regule la materia, si fuera el caso o, en el derecho interno. En*

La noción de orden público internacional y sus distintas manifestaciones graduales entra en acción, dependiendo del interés en juego; el orden público internacional, constituye la autodefensa de todo sistema judicial, en el plano de la justificación del derecho aplicable y por ende, a reconocer junto con la noción de fraude a la ley y el principio de identidad constitucional el de poder preservar los principios superiores de la sociedad panameña.

1. El método conflictual y el orden público internacional en sus facetas múltiples

Una explicación breve sobre *la calificación* en el derecho internacional privado, como razonamiento del juez dentro de un negocio jurídico de carácter internacional, puede ser entendida como la definición de la naturaleza de la relación jurídica en examen. De ahí, la pertinencia en señalar que; *la qualification ou détermination de la nature juridique de la prétention est donc une opération préalable au choix de la loi applicable a cette prétention. Elle consiste à fixer la nature d'un rapport de droit auquel sont applicables plusieurs lois, alors que le choix entre ces lois dépend de la nature juridique de ce rapport*⁵⁴. La calificación internacional va definir si nos encontramos frente a una relación de derecho interno o internacional, si nos encontramos frente a un problema de forma o de fondo, frente a un problema contractual o extracontractual, procesal o sustantivo, frente a una categoría de derecho personal o real.

Así un matrimonio mixto o internacional, se somete en cuanto a la forma al lugar de la celebración; en cuanto al régimen de capitulaciones o económico, a la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto a los efectos de la relación marital a la ley del último domicilio conyugal. Una relación meramente doméstica no permite la convergencia de varias leyes en tal dimensión.

*El reenvío*⁵⁵ surge en la conformación de la capacidad de los contrayentes, situándonos en la hipótesis precedente. Un uruguayo contrae matrimonio con una cubana en Panamá; la capacidad para contraer matrimonio de la cubana en Panamá, se rige por su ley nacional que determinara su capacidad para contraer nupcias, sin embargo, la capacidad de un uruguayo residente en Ottawa, no se rige de acuerdo a su regla de conflicto por su ley nacional

su defecto, recurrirá a la calificación extranjera cuando la categoría jurídica no esté prevista en la ley panameña. La existencia de una institución no regulada en el ordenamiento jurídico interno no le impide al juez pronunciarse sobre su naturaleza jurídica”.

⁵⁴ RIGAUX, François, *La Théorie des Qualifications en droit international privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, pp. 11.

⁵⁵ Artículo del Código de Derecho Internacional Privado: “*Se reconoce el envío en materia del estatuto personal y bienes muebles cuando frente a la regla de conflicto para decidir sobre una relación jurídica de carácter internacional el juez establece como ley aplicable el derecho extranjero y este designa otro ordenamiento jurídico como derecho aplicable”.*

uruguay, sino por la ley de su último domicilio siendo dicho domicilio en Ottawa; es la ley del Canadá anglosajón que determinará dicha capacidad.

- Orden público internacional

Por razones de claridad habría que distinguir entre orden público interno y orden público internacional. El orden público interno es el conjunto de normas imperativas de las cuales el individuo no puede sustraerse, es un conjunto de normas diseminadas en todo sistema⁵⁶; mientras que el orden público internacional, no es una conexión propiamente tal, pero opera como sistema de protección en un determinado sistema judicial.

El orden público internacional es el mismo orden público interno, pero aplicado frente a una norma internacional. Pese a lo anterior, la dinámica de los derechos adquiridos encierra un grado de tolerancia que permite graduar las reglas de orden público internacional⁵⁷.

Clasificación del orden público internacional: *orden público genérico, orden público atenuado, y orden público reflejo*⁵⁸.

1- *Orden público genérico.* Es la autodefensa que posee todo sistema judicial para rechazar la aplicación de una ley extranjera normalmente competente cuya aplicación en el ordenamiento jurídico del foro vulneraría principios o derechos fundamentales.

2- *Orden público atenuado.* Es la reacción o actitud del orden público internacional del foro en poder reconocer los efectos o consecuencias de un derecho normalmente adquirido en el extranjero, aún cuando dicho derecho jamás se hubiese podido constituir en el sistema legal del foro.

3- *Orden público internacional reflejo.* Tiene lugar cuando entre dos ordenamientos jurídicos prima la simetría jurídica que, frente a una causa internacional concreta, tendría lugar idénticas soluciones en virtud de un fondo común de normas y valores⁵⁹.

- Del fraude a la ley

⁵⁶ ESPARZA Gustavo, FIGUEROLA Melchor y MONTENEGRO, Gustavo, *Orden Público en el Derecho Privado*, Editorial Martín, 2018, pp. 35.

⁵⁷ BOUTIN ICAZA, Gilberto, *Revista Tribuna* No. 2, 2006, pp. 36.

⁵⁸ Artículo 7 del Código de Derecho Internacional Privado: “*Los efectos jurídicos de un acto o ley extranjera no serán reconocidos, total ni parcialmente, cuando su aplicación vulnere o viole el orden público internacional. La ley extranjera no aplicada será suplida por el derecho interno*”.

⁵⁹ BOUTIN ICAZA, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, Edición Maître Boutin, 2006, pp. 240.

La excepción de *fraus omnia corrumpit* es prevista en nuestro sistema conflictual⁶⁰. En este sentido, el fraude a la ley entra dentro de la esfera de normas punitivas imperativas de igual manera que el orden público genérico; sin embargo, éste último mantiene características particulares. Así el fraude a la ley puede ser definido como la manipulación que puede realizar de manera intencional o deliberada todo individuo que trata de sustraerse a la aplicación de una norma de carácter imperativo con el propósito de obtener un determinado resultado. Ello implica alterar la regla de conflicto mediante la adulteración de los factores de conexión naturales dentro de actos aparentemente válidos⁶¹. El derecho internacional privado de la familia⁶², previo a la promulgación del código de derecho internacional privado, describió la noción de fraude a la ley: *No se aplicará la ley extranjera cuando sea contraria al orden público panameño, o cuando la aplicación o invocación del derecho extranjero haya sido constituido en fraude a la ley que debió regular el acto o relación jurídica.*

De igual forma que el orden público, el fraude a la ley es un mecanismo de preservación y salvaguarda de las instituciones necesarias a todo Estado.

- Del principio de Identidad Constitucional

Producto de los regímenes regionales de orden jurisdiccional dentro del pensamiento francés, surge derivado de la concepción filosófica del consejo Constitucional Francés, la concepción de la identidad constitucional, que consiste en la exigencia de no asimilar ninguna directiva que vaya en contra de los principios constitucionales francés, salvo que el constituyente lo haya consentido⁶³. De hecho es atendible que toda convención regional, ya sea americana o europea, descansa en el respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de cada Estado⁶⁴. Y ello es bien definido en la Constitución Panameña, no existe una evidente subordinación de los tratados internacionales sobre la Constitución, más bien se trata de reglas de inter e intra actividad con el derecho político interno. El propio artículo 4 de la Constitución Nacional señala que

⁶⁰ BOUTIN ICAZA, Gilberto, *El fraude a la leyes en el Derecho Internacional Privado*, Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2001-2002, pp. 259.

⁶¹ AUDIT, Bernard, *La Fraude à la loi*, Dalloz, 1974, pp. 288.

⁶² Artículo 7 del Código de la Familia, Ley 3 de 17 de mayo de 1994: *“No se aplicará la ley extranjera cuando sea contraria al orden público panameño, o cuando la aplicación o invocación del derecho extranjero haya sido constituido en fraude a la ley que debió regular el acto o la relación jurídica. Los tribunales no ejecutarán resoluciones judiciales o administrativas que declaren algún derecho, sin que se confirme que las resoluciones proferidas en país extranjero hayan sido emitidas por autoridad competente, conforme a la ley interna extranjera aplicable y que no haya sido dictada en ausencia”.*

⁶³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *L' Identité Constitutionnelle saisie par Les Juges en Europe*, Cahiers Européens, No. 1, 2011, pp. 7.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 55.

la República de Panamá acata las normas de derecho internacional, y no concede jerarquía alguna de aquellas sobre el derecho político interno panameño⁶⁵. Tal aseveración es cónsona con la tradición doctrinaria del derecho internacional, pues, para transformar las reglas de derecho internacional en reglas de derecho interno, depende exclusivamente del derecho positivo considerado⁶⁶. No podrán prohijarse normas internacionales que atenten contra la dignidad, la protección y la libertad o preservación de la sociedad. La instigación de los “Nuevos Derechos Humanos” obliga a responder por una cultura de la mayoría establecida⁶⁷. El derecho se define por un orden natural de la conducta humana hoy cuestionada, la racionalidad de la vida humana⁶⁸.

Evidentemente, la defensa del derecho público y constitucional para frenar los excesos de la manipulación de los derechos humanos tiene como reacción positiva la doctrina de la *identidad constitucional* frente a normas adversas a una comunidad políticamente organizada.

2. *L' affaire Jelensky devant las nociones de fraude a la ley y orden público internacional en la jurisdicción panameña*

El *affaire Jelensky* constituye un precedente importante en la impugnación del sistema conflictual del derecho internacional privado, pues, pone en jaque una serie de principios tradicionales del estatuto personal panameño.

Enrique Raúl Jelensky Carvajal, de nacionalidad panameña por nacimiento, y británica por adopción, contrae matrimonio con John Winstanley de nacionalidad británica, el 25 de abril de 2016 en la Embajada del Reino Unido en Panamá, realizado de acuerdo a las leyes inglesas. El matrimonio de ambos surgió como consecuencia de la unión civil que habían celebrado el 22 de mayo de 2008, y que produjo el reconocimiento como matrimonio oficial el 25 de abril de 2016, bajo el amparo de la Sección (6) de la ley de matrimonio de 2013 del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La celebración del matrimonio por parte del panameño Enrique Jelensky se caracteriza dentro de la primera etapa como el típico fraude a la ley. El fraude a la ley no es más que la manipulación que ejercita o ejecuta todo individuo sobre una serie de actos concatenados a sustraerse a la aplicación de una ley extranjera. Jelensky no puede ignorar el principio jurídico

⁶⁵ APARICIO ALBA, Raúl, *Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos*, Panamá, 2001, pp. 54.

⁶⁶ KELSEN, Hans, *Les Rapports de Système entre le droit interne et le droit international public*, 1927, pp. 86.

⁶⁷ ORGAD, Liav, *The Cultural Defense of Nations*, Oxford University Press, 2015, pp. 4.

⁶⁸ VIAL ARMSTRONG, Agustín, *Estudio de la relación entre de Derecho Natural y Derecho Internacional a la luz de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen*, Editorial de Chile, 1966, pp. 15.

de conocimiento de la ley, como ciudadano panameño y como abogado, en la disposición primera del artículo primero del código civil que observa: *La ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa.* Se trata del principio de legalidad de seguridad jurídica que comporta los efectos *erga omnes* de la ley.

A sabiendas que pesaba una exclusión y prohibición del código de la familia que señala que el matrimonio es únicamente la unión entre un hombre y una mujer, el contrayente de nacionalidad panameña, recurre al derecho inglés y de acuerdo a la legislación inglesa contraria al orden público familiar panameño⁶⁹, a fin de modificar su estado civil.

Pero la situación evoluciona, la característica del fraude a la ley es que dicho acto en contravención al derecho del foro defraudado, no le es oponible. Y ello es así, pues al tener lugar la manipulación de factores de conexión que concurren como: el cambio de nacionalidad, el cambio de domicilio, el acceso a un foro no racional ni connatural, tiene como propósito crear una situación jurídica desvinculada del ordenamiento jurídico primario que gobernaba o imperaba sobre el individuo.

Sin embargo, la mutación del fraude a la ley hacia el orden público internacional, tiene lugar cuando la pareja casada bajo el estatuto inglés, es decir el matrimonio Jelensky, pretende inscribir dicho matrimonio celebrado en la delegación inglesa, en la República de Panamá, a efecto de que produzca los efectos ante la autoridad del Registro Civil⁷⁰.

En efecto, el funcionario registral, rechaza la petición de inscripción de dicho matrimonio en virtud del artículo 26 del código de la familia, y en virtud del principio de orden público de prohibición expresa del matrimonio entre personas del mismo sexo como regla imperativa internacional⁷¹.

- Derechos Humanos versus Identidad Constitucional

Realmente el planteo entre derecho humanos y derecho constitucional es el debate entre la coexistencia de la soberanía de derecho interno y el alcance del derecho internacional. En lo que corresponde al derecho internacional y puntualmente al Pacto de San José de 1969,

⁶⁹ Artículo 26 del Código de la Familia y el Menor: *“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común”.*

⁷⁰ Artículo 34 del Código de Derecho Internacional Privado: *“Para que el matrimonio de panameños celebrado en país extranjero surta efectos civiles en la República de Panamá deberá ser inscrito en el Registro Civil”.*

⁷¹ Artículo 35 del Código de Derecho Internacional Privado: *“Se prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo”.*

dichos principios de la carta interamericana son el reflejo de las normas fundamentales de cada miembro de la Organización de Estados Americanos con excepción de USA. La Convención Americana de Derechos Humanos se traduce como la participación de la soberanía externa de todo Estado, derivada de su función como signatario.

Los 25 derechos humanos enunciados en la Convención, en la mayoría de los países están debidamente representados.

Los poderes del juez interamericano se limitan justamente a la interpretación y equidad de los derechos propios a los denominados derechos humanos.

Se trata de establecer que las categorías enfocadas en la Convención Americana se sustentan en el derecho natural constante y en los principios fundamentales de los Estados elevados a categoría supranacional.

- Omnia valía de los Derechos Humanos más allá de la Convención Americana

La deformación de los Derechos Humanos se suscita cuando se adopta la creencia que el monopolio de los llamados Derechos Humanos se agota en los 25 derechos contenidos en el Pacto de San José de 1969.

Los Derechos Humanos no tienen por finalidad segmentar la sociedad moderna, ni ser fuente de conflicto en su supuesta interpretación o ejecución ante los ordenamientos nacionales. En el estado actual, su intervención se ha centrado en la desestructuración de los derechos civiles de los países codificados. Veamos el artículo 2 del código civil: él establece que el juez del foro no podrá dejar de fallar con pretexto de la ausencia de texto u oscuridad de la ley. Este artículo de derecho privado, representa el principio de acceso a la justicia, el cual sanciona el dolo civil de la denegación de justicia. La existencia del estado civil de toda persona humana⁷², es fuente de protección implícita de la dignidad humana. Las reglas sobre prohibiciones o incapacidades legales y naturales son parte del régimen de protección y restricciones⁷³. Las reglas contempladas en el código civil⁷⁴ de 1916, y en los nuevos códigos de la familia y el menor, protegiendo al incapaz sordomudo de enajenar sus bienes o de designar un curador, son derechos humanos fundamentales previstos en las relaciones

⁷² Artículo 310 Código Civil.

⁷³ Artículo 45 Código Civil: *“La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez del que no sabe leer y escribir, no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero”.*

⁷⁴ Artículos 92 y 94 Código Civil.

interpersonales y su valor jerárquico y ético corresponde a un principio y derecho subjetivo contenido de los Derechos Humanos.

Si pudiéramos establecer con claridad el humanismo del derecho privado, él cobra toda expresión y realización como derecho fundamental humano y de civilización en los regímenes de incapacidades y protección de los individuos⁷⁵.

No es posible pensar que la única fuente de los Derechos Humanos radica en una Convención delegada por los Estados signatarios del continente americano.

Los Derechos Humanos deben ser justos, adecuados a la pervivencia social y ética, y libertarios y reivindicativos de la dignidad humana.

- La nueva versión de los Derechos Humanos y ausencia de método

La manipulación de lo que se entiende por Derechos Humanos ha generado la devaluación de las categorías básicas contenidas en la ley, los códigos, constituciones y en los veinticinco derechos apuntados en la Convención.

Se pretende esgrimir que los Derechos Humanos no son parte del derecho internacional, tampoco pertenecen al derecho público, ni a la ciencia política antropológica. La nueva concepción puede definirse como un derecho de ruptura de los valores tradicionales. Ruptura de corte deliberado. Dentro de algunos fallos de la Corte Interamericana, ella deviene en una tercera instancia, es decir, es una jurisdicción ordinaria alejada de la necesidad de crear y preservar Derechos Humanos.

Producto de la ausencia de método para establecer criterios que subsuman la noción de Derechos Humanos y no derechos penales políticos, no se ha avanzado mucho. Los fallos carecen de toda dirección, se trata de pronunciamientos disociados de lo que realmente es la garantía efectiva del interés colectivo, la innovación en detrimento de la sociedad y certeza jurídica.

- Sobre la proclama del principio de convencionalidad

La Convencionalidad⁷⁶, es una propuesta aislada y vacía de contenido, en donde se pretende erigir a la Convención Americana como poder reglamentario sobre los Estados, a

⁷⁵ LEQUETTE, Yves, *Protección Familiar et Protection Etatique des Incapables*, Dalloz, 1976, pp. 193.

⁷⁶ APARICIO ALBA, Raúl, *Control de convencionalidad y el control de la constitucionalidad como instrumento de garantía de los derechos humanos*, Sigma Editores, 2016, pp. 206.

fin de empoderar a la ideología de género, ideología del ultra-capitalismo para imponer su programa.

Los Derechos Humanos son parte del derecho internacional y natural, el desconocer los parámetros y métodos resulta en que dicha rama del derecho es fuente de anarquía y dispersión en el dominio de la estabilidad de los derechos.

Deviene inaceptable que la nueva interpretación de Derecho Humano devenga en un ataque a la integridad social y cultural de la civilización laica en provecho de intereses pseudo comunitarios que no son ni representativos ni democráticos. Los Derechos Humanos devienen en una fuente de estalinización del Derecho Humano, pues se encuentra fuera de todo control.

Bibliografía

- APARICIO ALBA, Raúl, *Control de convencionalidad y el control de la constitucionalidad como instrumento de garantía de los derechos humanos*, Sigma Editores, 2016.
- APARISI Ángeles, “Ideología de Género de la Naturaleza a la Cultura”, *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, No. 61, 2009.
- BOULANGER, François, *Droit Civil de la Famille*, Tome Iº, Económica, 1992.
- BOUTIN ICAZA, Gilberto, *El pensamiento político de Emmanuel Mounier*, Tesis de Grado de Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1978.
- BOUTIN ICAZA, Gilberto, *Derecho Internacional Privado*, Edición Maître Boutin, 2006.
- BOUTIN ICAZA, Gilberto, “El fraude a las leyes en el Derecho Internacional Privado”, *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá*, 2001-2002.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *L’ Identité Constitutionnelle saisie par Les Juges en Europe*, Cahiers Européens, No. 1, 2011.
- COLLIER, Paul, *Exodus: immigration and Multiculturalism in the 21st Century*, Penguin Books, 2013.
- ESPARZA Gustavo, FIGUEROLA Melchor y MONTENEGRO, Gustavo, *Orden Público en el Derecho Privado*, Editorial Martín, 2018.
- FEUERBACH, Ludwig, *La Esencia de la Religión*, Libros Prometeo, 2009.
- GARCIA OLIVA, Javier y HALL, Helen, *Religion, Law and The Constitution*, Roudledge, 2017.
- GOYARD-FABRE, Simone, Des théories du droit naturel, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, No. 11, 1988.
- HARNECKERK, Marta, *Los conceptos elementales del Materialismo Histórico*, Siglo Veintiuno, Edotres S.A., 1971.
- HARARI ZUVAL, Noah, *De Animales a Dioses, breve historia de la Humanidad*, Edición Debate, 2014.
- KEGEL, Gerhard, *The Crisis of Conflicts of Laws, Recueil de Cours de l’Academie de La Haye*, Tº 112, 1964.
- LEQUETTE, Yves, *Protección Familiar y Protección Estatal de los Incapaces*, Dalloz, 1976.
- MORGAN, LEWIS, *La sociedad primitiva*, Ediciones Endymión, 1987.
- MARCUSE Herbert, *Eros and Civilisation*, Editions de Minuit, 1955.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Así Habló Zaratustra*, Ediciones Baltasar, 1968.
- OCCAM, Guillermo de, *Tratado sobre los Principios de la Teología*, Editorial Aguilar, Madrid, 1962.

- RUDE-ANTOINE, Edwige y CHRÉTIEN-VERNICOS, Geneviève, *Antropologie et Droits*, Dalloz, 2009.
- SAVATIER, René, *La Règle Juridique et La Morale*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudencia, 1949.
- SAVATIER, René, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie Générale De Droit et de Jurisprudence, 1949.
- SIGMUND Freud, *Le Malaise dans la Civilisation*, Editions Points, 2010.
- TOYNBEE Arnold, *Los Colapsos de las Civilizaciones*, Estudios de la Historia, Compendio I/IV Alianza Editorial, 1998.
- VIAL ARMSTRONG, Agustín, *Estudio de la relación entre de Derecho Natural y Derecho Internacional a la luz de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen*, Editorial de Chile, 1966.

**TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN Y
RESOLUCIÓN DE LITIGIOS: EL MODELO EUROPEO DE PROMOCIÓN DEL
ODR EN EL ÁMBITO DE LOS LITIGIOS DE CONSUMO**

*Fernando Esteban DE LA ROSA**

Recibido: 21.02.19

Aceptado: 22.04.19

Resumen: El Nuevo Marco Regulatorio Europeo para el ADR y el ODR puede ser visto como el pilar fundamental para el desarrollo de la ODR en Europa. No solo apoya directamente el desarrollo del ODR a través de la Plataforma de la UE, sino que, al mismo tiempo, obliga a los Estados miembros a cumplir obligaciones que van más allá de la resolución de una disputa en particular, y cuya introducción debe ser tomada como un impulso al desarrollo del ODR en Europa en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo.

Sin embargo, para que el ODR se vuelva real y muestre todo su potencial para resolver litigios, y para contribuir al buen funcionamiento de los mercados, tanto los Estados miembros como las entidades certificadas ADR deben unir fuerzas, y la Unión Europea debería participar más activamente en la dirección de este impulso. Por decirlo con claridad, la Unión Europea deberá asistir financiando la creación de nuevas plataformas de resolución alternativa de litigios de consumo.

Palabras Clave: Unión Europea – Resolución de litigios en línea – Consumidores.

Information technology and communication and dispute resolution: the European model of promotion of the ODR in the field of consumer litigation

Abstract: The New European Regulatory Framework for ADR and ODR can be seen as the fundamental pillar for the development of ODR in Europe. Not only does it directly support the development of the ODR through the EU Platform, but, at the same time, it obliges Member States to fulfill obligations that go beyond the resolution of a particular dispute, and whose introduction must be taken as a boost to the development of the ODR in Europe in the field of alternative consumer litigation resolution.

However, for the ODR to become real and show its full potential to resolve disputes, and to contribute to the proper functioning of the markets, both the Member States and the certified ADR entities must join forces, and the European Union should participate more actively. in the direction of this impulse. To put it bluntly, the European Union should assist in financing the creation of new alternative dispute resolution platforms for consumer disputes.

Key Words: European Union – Online dispute resolution - Consumers.

* Catedrático de Derecho internacional privado Universidad de Granada, España. Fellow del National Center for Technology and Dispute Resolution. Miembro Asociado del Instituto Hispano Luso Americano Filipino de Derecho internacional.

I. Introducción

La utilización de la Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC) en la resolución de litigios cuenta con un largo recorrido desde que surgió como un experimento en la Universidad de Harvard. Son bien conocidas las experiencias exitosas en diversos ámbitos empresariales (E-Bay, Amazon o Alibaba). Y la tecnología se ha instalado también en los sistemas de resolución alternativa de litigios, así como en los entornos judiciales. Desde sus orígenes el desarrollo del ODR ha venido marcado por la idea de mejorar la eficiencia en la gestión de reclamaciones. Pero este no es el único factor que condiciona su evolución. Como contrapeso, desde foros muy autorizados, y también desde muy al inicio, se ha afirmado la necesidad de someter este desarrollo a determinados principios éticos.

La incorporación de la Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC) a los procedimientos ante tribunales virtuales plantea cuestiones adicionales respecto de los principios éticos referidos, sobre todo debido a las posibles interferencias del uso de la tecnología con el ejercicio de derechos fundamentales que gozan de un amplio reconocimiento, como el de acceso a la justicia. Esta misma clase de cuestiones se plantean también, aunque con matices distintos y no siempre coincidentes, cuando la tecnología es utilizada por entidades de resolución alternativa de litigios. Así ocurre especialmente en el ámbito de los litigios entre empresas y consumidores (B2C), donde, por muy diversas razones (ad.ex. por la escasa cuantía de las reclamaciones, la dificultad o imposibilidad efectiva de presentar una reclamación judicial o las dificultades de hacerlo derivadas del carácter transfronterizo de los litigios que surgen de la contratación en línea) la justicia alternativa se convierte, de facto, en la única vía efectiva de reclamación.

Por el interés internacional y global de esta temática, en donde se plantea la necesidad de someter el desarrollo de las máquinas a algo más que a la autorregulación, mediante el establecimiento de reglas que respondan a ciertos principios éticos y, en su caso, de protección de la parte débil, el consumidor, en una relación caracterizada por el desequilibrio entre las partes (B2C), la construcción, para el comercio digital de carácter transfronterizo de sistemas alternativos de resolución en línea de litigios, que cumplan con determinados criterios de calidad, ha recibido la atención de diversos organismos internacionales, como la Organización de Estados Americanos, o la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI). En ambos ámbitos, sin embargo, los esfuerzos no han sido exitosos.

En el ámbito regional europeo, en cambio, hace pocos años se han dado pasos legislativos muy trascendentes, y originales, en esta dirección. El 18 de junio de 2013 fueron

aprobados el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante Reglamento ODR) y la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante Directiva ADR).¹ Esta legislación, pionera a nivel mundial, supone la creación de un modelo, propiamente europeo, y que responde a las características peculiares de este espacio de integración regional, de institucionalización del ODR en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo. El sistema europeo define a los actores, sus respectivas obligaciones y, completando el marco, contempla la imposición de sanciones a los empresarios que transgredan sus obligaciones. En este modelo, que no es completamente uniforme pues permite la coexistencia de desigualdades entre los sistemas nacionales, cobran protagonismo el uso de la tecnología y la modernización de las estructuras de resolución alternativa de litigios de consumo, que han sido reorientadas hacia el cumplimiento de fines que desbordan la mera resolución de un litigio, y que penetran de lleno en el objetivo de la mejora del funcionamiento del mercado en favor de consumidores y empresas.

La finalidad de este capítulo es describir los elementos fundamentales del modelo europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo. En esta descripción nos ocuparemos de explicar el papel que se ha asignado a la plataforma europea de resolución de litigios de consumo de reciente creación, y el modo original en que son concebidas las entidades certificadas de resolución alternativa de litigios de consumo de los Estados miembros. Tras ello haremos una evaluación provisional sobre el funcionamiento de la plataforma europea. Y para finalizar expondremos nuestra visión sobre el futuro que cabe esperar para el ODR en Europa, y para las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo de los Estados miembros, a la vista de los avances de la tecnología y de los pilares y orientaciones sobre las que se sostiene el marco regulador europeo.

II. Elementos principales del marco europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo

¹ DO L núm. 165/1, de 18 de junio de 2013. Para un análisis sobre los elementos principales de la nueva normativa europea, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., CORTÉS, P., «Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», en ESTEBAN DE LA ROSA, F., (edit), *La Protección del Consumidor en Dos Espacios de Integración – Una Perspectiva de Derecho Internacional, Europeo y Comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 514-563.

1. Las entidades certificadas de resolución alternativa de litigios de consumo

La Directiva ADR y el Reglamento ODR constituyen un marco normativo indisociable. El conjunto normativo pivota sobre la creación de la plataforma europea de resolución alternativa de litigios de consumo, cuya operativa comenzó el 15 de febrero de 2016, y la necesidad de que los Estados cuenten con entidades de resolución alternativa de litigios de consumo (en adelante entidades ADR) adaptadas al Derecho europeo. La legislación europea asigna obligaciones a la Comisión Europea, a los Estados miembros y a los empresarios. A la Comisión Europea le corresponde asumir la puesta en marcha y operar la nueva plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. Los Estados miembros se ocupan de garantizar la existencia de una cobertura suficiente, material y territorial, por entidades ADR certificadas, de los litigios derivados de contratos de compraventa y de prestación de servicios en los que intervenga un consumidor con residencia en un Estado miembro y un empresario con establecimiento en un Estado miembro. En esencia, la Directiva ADR ha acogido como estándares de calidad mínimos que han de ser cumplidos por las entidades ADR certificadas los que fueron plasmados en las recomendaciones de 1998 y 2001.² Los artículos 6 a 11 Directiva ADR regulan los principios a que han de responder las entidades ADR para conseguir la acreditación europea (conocimientos especializados, independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad).³ La obligación de cumplir con estos estándares recae exclusivamente sobre las entidades ADR que accedan a la acreditación,⁴ mientras que el resto, salvo que se haya indicado lo contrario, podrán seguir operando sin haber accedido a la acreditación. En algunos casos, como en el sistema alemán, la acreditación da derecho a la entidad ADR a usar una marca de confianza, lo que facilitará a los consumidores distinguir entre las entidades ADR certificadas y no certificadas. No ha sido el caso, en cambio, del

² Véanse la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, *DO L* núm. 115, de 17 de abril de 1998; y la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, *DO L* núm. 109, de 19 de abril de 2001.

³ Véase CUENCA GARCÍA, A., «Los principios de transparencia, eficacia, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español», en PALAO MORENO, G., (ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo, su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 37-79.

⁴ Como base para esta interpretación cabe mencionar la definición de entidad de resolución alternativa que se contiene en el art. 4.1 h) DRAL. Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F. y CORTÉS, P. “Un nuevo derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (edit.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 524-525 y p. 539.

sistema español. Las entidades ADR han de ajustarse al modo en que los mencionados principios hayan sido definidos por el Derecho del Estado miembro de la Unión Europea en el que tengan su establecimiento, en el modo en que este queda definido por el art. 4.3 Directiva ADR. De ahí que, en perspectiva unilateral, el art. 3.1 de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁵ (en adelante LDRAL), extienda la aplicación de la ley exclusivamente sobre las entidades ADR establecidas en España. Solo a estas entidades son aplicables los requisitos exigibles para la acreditación de las entidades de resolución alternativa (artículos 5-7 LDRAL), los requisitos relativos a los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa (artículos 8-21) y los requisitos relativos a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa (artículos 22-25 LDRAL).

La Directiva queda concebida como “de mínimos”, de manera que los estándares de protección de los consumidores pueden ser, a su vez, elevados en cada Estado miembro. En esta dirección, por ejemplo, el sistema español ha establecido el carácter no vinculante para el consumidor (sí para el empresario) de los pactos de sometimiento a la mediación de consumo que hayan sido celebrados con anterioridad al surgimiento del litigio (art. 13 LDRAL), algo que no es exigido por la Directiva ADR. A la hora de realizar la transposición de la DRAL casi todos los Estados han optado, por ahora, por incorporar las innovaciones del Derecho europeo manteniendo las estructuras existentes de entidades RAL.⁶ Este modo de proceder ha sido posible como consecuencia de los márgenes muy amplios que la Directiva ADR y el Reglamento ODR conceden a los Estados para su desarrollo. Desde esta perspectiva, ambos instrumentos vienen informados por un principio de respeto a la cultura jurídica y de “intromisión mínima” en las tradiciones que puedan tener en este ámbito los Estados miembros. El cumplimiento de los estándares de calidad, en el modo definido por las legislaciones estatales, debe ser evaluado por autoridades estatales para determinar si procede la concesión de la certificación europea. A estas mismas autoridades les corresponde también supervisar el cumplimiento de las condiciones establecidas.

⁵ BOE

⁶ Para una aproximación a algunos de los modelos seguidos para la transposición de la DRAL véase el informe preparado por CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., «La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el Derecho comparado», Zaragoza, ADICAE, 2016.

El apartado segundo del artículo 2 DRAL contiene una lista de materias que quedan excluidas del ámbito de aplicación. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 a) Directiva ADR, y debido a la inexistencia en la LDRAL de la autorización a que se refiere esa disposición, en España no resulta posible la acreditación de entidades ADR que no sean independientes del empresario reclamado. En cambio, en el sistema francés, los mediadores de empresa, retribuidos directamente por la empresa reclamada, han sido aceptados como entidades ADR y pueden obtener la acreditación europea. Tampoco pueden ser objeto de acreditación los servicios de reclamaciones gestionados por los empresarios. También quedan al margen de la acreditación los procedimientos de negociación directa entre el consumidor y el empresario. La Directiva ADR excluye de su ámbito de aplicación a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor.⁷ Como recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su reciente sentencia de 14 de junio de 2017, las disposiciones de la Directiva ADR solo son aplicables a los procedimientos incoados por un consumidor contra un comerciante. Ahora bien, aunque así pueda parecer, esta exclusión no afecta al acceso a la acreditación de las entidades ADR que conozcan también de las reclamaciones de comerciantes contra consumidores, las cuales no tienen porqué quedar sometidas a los estándares de la Directiva ADR. Así se desprende del propio artículo 2.2 Reglamento ODR. De hecho, algunos Estados miembros, como Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia, contemplan que las entidades ADR acreditadas puedan conocer de las reclamaciones de un comerciante contra un consumidor. Consideraciones análogas valen para explicar el sentido de la exclusión que contiene la letra d) del art. 2.2 DRAL (litigios entre comerciantes). También quedan excluidos los litigios entre empresarios (art. 3.2 d), los intentos en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo (art. 3.2 e) así como las reclamaciones que se refieran a servicios no económicos de interés general (art. 3.2 f). El objetivo de la exclusión referida a los “servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios” y de la relativa a los “prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior”⁸ no es impedir el acceso a la acreditación europea de aquellas entidades ADR que se ocupen de resolver litigios en esos ámbitos. El propósito es reducir el alcance de las obligaciones que pesan sobre los Estados de garantizar una cobertura

⁷ Véase el art. 2.2 g) DRAL y 3.2 b) LDRAL.

⁸ Artículo 2.2 DRAL letras h) e i). Artículo 3.2 letras g) y h) LDRAL.

completa por entidades ADR de los litigios relativos a contratos de prestación de esos servicios. Como consecuencia, nada obsta a extender sobre ellos la cobertura de las entidades ADR acreditadas, algo que no ha hecho el legislador español. En Europa contamos ya con el precedente del Reino Unido, donde la referida extensión ha tenido lugar debido a que los estudiantes universitarios son considerados como consumidores al efecto del conocimiento de esta clase de litigios por parte de entidades ADR acreditadas.

Las entidades ADR acreditadas han de disponer de una página web con información sobre sus procedimientos que, entre otras cosas, debe permitir la presentación en línea de reclamaciones. Los Estados también deben establecer en sus legislaciones la obligación de los empresarios de proporcionar información sobre el grado de adhesión a entidades de resolución alternativa de litigios de consumo, una obligación cuyo incumplimiento queda sometida a sanciones; y adaptar el régimen de la caducidad y la prescripción a fin de que el ejercicio de acciones judiciales no quede impedido por el transcurso del tiempo.⁹ El Derecho europeo orienta también la legislación estatal a fin de que se promueva la cooperación e intercambio de experiencias entre entidades de resolución alternativa, así como la cooperación entre entidades de resolución alternativa y autoridades nacionales encargadas de la aplicación de las normas europeas de protección de los consumidores.¹⁰

Para la Directiva ADR resulta indiferente que los Estados miembros garanticen la cobertura material y territorial completa definida en su ámbito de aplicación a través de una única, de varias o de múltiples entidades ADR. Tampoco se contienen opciones respecto del tipo de entidades, públicas o privadas, incluso con ánimo de lucro, con las que deba garantizarse la cobertura completa. Dentro de cada Estado es posible que las entidades ADR acreditadas tengan diferentes normas de procedimiento, con los únicos límites que se perfilan en la Directiva. La regulación europea se distancia así de la legislación que fue proyectada inicialmente en el seno de la CNUDMI y del sistema seguido por la plataforma ECODIR, donde se concebía un procedimiento único y especial para las reclamaciones transfronterizas. El Derecho europeo no obliga a los Estados a exigir la participación obligatoria, de empresas o consumidores, en procedimientos ante entidades ADR. Sin embargo, tal y como contempla el apartado 49 de su preámbulo, la DRAL “debe entenderse sin perjuicio de cualquier norma nacional que haga obligatoria la participación de los comerciantes en dichos procedimientos, la incentive o sancione, o que les obligue a aceptar su resultado, siempre que dichas normas

⁹ Para el sistema español, véase el artículo 4 LDRAL.

¹⁰ Véanse los artículos 16 y 17 DRAL así como el artículo 45 LDRAL.

no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

La Directiva ADR tampoco obliga a tomar una opción concreta entre los diferentes métodos de solución disponibles. Se admiten, por tanto, los procedimientos que finalizan con una decisión que no posee carácter vinculante para ninguna de las partes, o cuyo carácter vinculante proviene de su aceptación.¹¹ Los Estados también pueden optar por atribuir a la decisión de la entidad RAL carácter vinculante exclusivamente para el empresario.¹² La Directiva ADR ofrece respaldo tanto a los sistemas de arbitraje de consumo, como a aquellos en los que el carácter vinculante de la solución deriva de su valor contractual.¹³ Así se desprende del art. 2.4 Directiva ADR, que faculta a los Estados miembros a admitir que los procedimientos ante entidades ADR finalicen con una decisión vinculante. Encuentran también encaje en la Directiva ADR las entidades ADR que optan por métodos de solución mixtos, que comportan la combinación de métodos de carácter consensual y adjudicativo en fases sucesivas. El Derecho europeo solo excluye los métodos de solución en los que convergen dos circunstancias, a saber, el carácter obligatorio de la participación en el procedimiento ante una entidad ADR y el carácter definitivo de la decisión en el sentido de que quede cerrada la vía judicial de impugnación.¹⁴ En cambio, resultan admisibles los supuestos en los que la participación en el procedimiento es obligatoria para la empresa y la decisión tiene carácter vinculante para ella, siempre y cuando quepa la posibilidad de recurrirla en vía judicial. En el sistema español este principio ha sido proclamado por el art. 9 LDRAL.¹⁵ No todos los métodos de solución han sido acogidos por los Estados miembros para ser empleados por sus entidades acreditadas. Países como Alemania o Italia, donde el arbitraje de consumo es bien conocido, solo permiten el acceso al proceso de acreditación a aquellas entidades RAL que no imponen una solución, lo que explica que los legisladores de estos dos países no hayan llevado a cabo la transposición de los arts. 10 y 11 Directiva ADR. En cambio, en otros países, el método del arbitraje de consumo es expresamente previsto para sus entidades acreditadas (ad. ex. Bélgica, Portugal, Irlanda, Reino Unido).

¹¹ Por ejemplo, el sistema de las negociaciones representativas que se lleva a cabo en Italia a través de la *conciliazione paritetica*, o las decisiones de los *mediateurs* de empresa franceses.

¹² Es el caso de las decisiones de los ombudsmen en el Reino Unido y en Irlanda.

¹³ Este sistema es el seguido por entidades RAL holandesas.

¹⁴ Esta interpretación se desprende del art. 1 in fine y art. 10.2 DRAL.

¹⁵ Por este motivo, en la medida pueda quedar cerrada la vía judicial, cabe plantear la duda relativa a la compatibilidad con los métodos admitidos por la DRAL de sistemas como el de arbitraje obligatorio que se contempla por el sistema portugués para el ámbito de los servicios esenciales. Véase la lei 6/2011, dos serviços públicos essenciais, de 10 de marzo. Diário da República n.º 49/2011, Série I de 2011-03-10.

Las nuevas entidades ADR acreditadas no pueden rechazar el conocimiento de una reclamación transfronteriza.¹⁶ La asimilación que propone la Directiva ADR entre reclamaciones transfronterizas y domésticas determina que sobre las nuevas entidades ADR acreditadas recaiga la obligación, más compleja, de gestionar las reclamaciones transfronterizas. Esta mayor complejidad se presenta como consecuencia de que el consumidor podrá no dominar el idioma en el que se sigue el procedimiento y el gestor del caso también deberá enfrentarse a documentos en un idioma extranjero. La Directiva ADR no obliga sin embargo a las entidades ADR estatales al empleo de todos los idiomas, sino simplemente a hacer público los idiomas en que será posible tramitar las reclamaciones. En el caso español, la LDRAL no establece para las entidades ADR acreditadas la obligación de permitir que el procedimiento tenga lugar en un idioma concreto. Lo único que se hace es obligarlas a informar sobre “las lenguas oficiales españolas e idiomas en los que pueden presentarse las reclamaciones y en los que se desarrollan sus procedimientos” (art. 38.1 letra f) LDRAL).

2. La plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo

Una de las mayores innovaciones del Derecho europeo es la creación y puesta en marcha de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. Los consumidores residentes en un Estado miembro de la Unión Europea pueden presentar sus reclamaciones vía Internet en la web gestionada por la Comisión Europea, que serán dadas a conocer al empresario reclamado y transmitidas, en caso de que exista acuerdo, para ser tramitadas, a una entidad ADR de un Estado miembro. La puesta en marcha de la plataforma europea tuvo lugar el 15 de febrero de 2016.¹⁷ Desde esta fecha los empresarios, también los establecidos en España, han de ofrecer en sus sitios de Internet, bajo sanción en caso de incumplimiento de esta obligación, un enlace electrónico a la plataforma de resolución de litigios en línea. Debe quedar claro que la plataforma europea no tiene por finalidad resolver, por ella misma, los litigios que se plantean a través de su formulario. Esta plataforma tampoco incorpora ninguna clase de funcionalidad tecnológica que tenga por objeto permitir

¹⁶ Conviene advertir que esta transmisión a los CEC tenía lugar de facto, pues la mayoría de las entidades RAL existentes en España no explicitaban el alcance de su competencia sobre los litigios transfronterizos. La excepción la encontramos en el Reglamento de Confianza Online. Véase la página web <https://www.confianzaonline.es/consumidores/guia-practica-de-consumidores-faq/> (consultada el 27 de octubre de 2017).

¹⁷ La plataforma está disponible en la siguiente página web <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=ES> (consultada el 11 de enero de 2019).

a las partes llegar a un acuerdo que ponga fin a la reclamación. Su configuración y misión responde a la finalidad de servir de elemento de conexión entre empresarios, consumidores y entidades ADR certificadas, a modo de “paraguas” europeo para, entre otras funciones, facilitar la localización de entidades ADR certificadas en los Estados miembros. La plataforma europea opera básicamente como una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen presentar una reclamación. Una ventanilla especial puesto que los interesados pueden cumplimentar su reclamación de manera electrónica, de forma gratuita y en todas las lenguas oficiales de la UE. Conviene advertir que, aunque la cumplimentación de la reclamación es gratuita, la Directiva ADR permite que los Estados autoricen a sus entidades ADR acreditadas a cobrar por el servicio ofrecido.

Como especialidad, la plataforma europea proporciona una herramienta de tramitación en línea que puede ser utilizada por las entidades ADR en caso de que así lo deseen. Con ella se permite la comunicación de las partes con la entidad ADR competente al igual que se hace posible la aportación de documentación al procedimiento. Esta herramienta no solo está disponible para las reclamaciones transfronterizas sino también para las domésticas. La página web contiene la información sobre las entidades ADR acreditadas por los Estados miembros incluidas en la plataforma y en ella estarán disponibles los comentarios de las partes, con opiniones sobre su funcionamiento y sobre la entidad ADR que haya conocido del litigio.

III. Evaluación de los primeros pasos del funcionamiento de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo

El 15 de febrero de 2016 comenzó a operar la Plataforma Europea ODR.¹⁸ El 13 de diciembre de 2017 la Comisión publicó los primeros datos estadísticos sobre los dos primeros años de funcionamiento de la plataforma.¹⁹ Según este informe, el 85% de las quejas presentadas en la Plataforma Europea ODR se cerraron automáticamente. Sin embargo, en el 40% de estos casos, los consumidores fueron contactados directamente por el empresario con la intención de resolver el litigio. El 9% de las quejas fueron rechazadas por el

¹⁸ La plataforma Europea ODR se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES> (fecha de consulta: 25 de octubre 2018).

¹⁹ Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la plataforma europea de resolución de litigios en línea creada en virtud del Reglamento (UE) n° 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, de 13.12.2017. COM (2017) 744 final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0744&from=ES> (fecha de consulta: 25 de octubre 2018).

comerciante. Sin embargo, en 2/3 de estos casos los comerciantes contactaron posteriormente también de forma directa con el consumidor. En el 4% de los casos ambas partes se retiraron del procedimiento antes de ponerse de acuerdo sobre la transmisión de la reclamación a una entidad RAL de un Estado miembro. Finalmente, solo el 2% de las quejas fueron enviadas a una entidad RAL. El procedimiento ante una entidad RAL solo alcanzó un resultado final en menos del 1% de los casos.

Creemos que la Comisión Europea ha hecho una lectura poco crítica de estos primeros datos. En su opinión, la Plataforma Europea ODR ha demostrado su utilidad, ya que ha ayudado a la resolución de litigios de consumo, aunque haya sido de manera indirecta y en un modo que no estaba previsto. Los datos publicados expresan, en primer lugar, la falta de conocimiento que existe todavía respecto del funcionamiento de la Plataforma. Esta constatación debe animar a la Comisión Europea, así como a otras entidades públicas, a hacer un esfuerzo mayor a la hora de difundir la información. Se trata de una tarea que no será fácil, ya que la "función de intermediación" que desarrolla la Plataforma Europea ODR no contribuye a su fácil comprensión. En efecto, la Plataforma Europea ODR no es una entidad ADR que se ocupe de la resolución de litigios y su objetivo es sobre todo servir de punto de entrada para las reclamaciones que deberán ser resueltas por las entidades ADR acreditadas que existen en los Estados miembros. Sin embargo, es especialmente grave el muy elevado porcentaje de archivos automáticos que han tenido lugar, simplemente, por haber faltado la contestación del empresario al correo electrónico (85%). Respecto de este segundo dato resulta de interés revisar el funcionamiento legal de la Plataforma Europea ODR en busca de deficiencias en su régimen jurídico que puedan ser corregidas.

La Plataforma Europea ODR cuenta en su haber el haber establecido un punto de entrada único para los consumidores (y comerciantes), lo que hace que no haya de ser difícil encontrarlo para presentar una reclamación. Si todo funciona correctamente y el empresario que contrata en línea ha incluido en su web el enlace a la plataforma (art. 14 Reglamento ODR), la reclamación se podrá presentar dando inicio en la página web del empresario. En la parte positiva también se encuentra que la plataforma Europea ODR proporcione un formulario electrónico de reclamación que puede ser cumplimentado en todos los idiomas oficiales de la Unión Europea, sin obligar al consumidor a utilizar un idioma extranjero si necesita presentar una reclamación contra un comerciante extranjero. La plataforma ODR de la UE también ofrece una herramienta de gestión electrónica (opcional) que permite, en su caso, que se siga en línea el procedimiento de resolución de litigios, una plataforma que resulta gratuita para todos, partes y entidad ADR a la que se haya transmitido la reclamación.

Además, todas las entidades ADR que se encuentran conectadas con la plataforma europea habrán debido obtener su acreditación en un Estado miembro y, por tanto, deberán cumplir con las condiciones de calidad en la resolución alternativa de litigios de consumo que establece la Directiva 2013/11/UE.

Entre las cuestiones que se pueden mejorar en el régimen del RRLJ la doctrina más autorizada denuncia que, en la actualidad, no resulta adecuada la distinción entre litigios surgidos de contratos celebrados en línea y fuera de línea, sobre todo a la vista de que hoy en día la distinción comienza a difuminarse debido a que casi todos los contratos al final conllevan algún tipo de componente digital.²⁰ A la plataforma europea ODR también se le reprocha que haya rehuído introducir elementos de negociación en línea, algo que caracteriza particularmente al ODR (subasta ciega, negociación automatizada o asistida, etc), funcionalidades que podrían permitir la resolución de litigios sin intervención humana. Resulta cierto también que la plataforma Europea ODR no contiene funcionalidades que permitan la utilización de algoritmos y de *big data*, lo que limita sus posibilidades para ayudar en las tareas de prevención de conflictos. Por ello se afirma que el avance de la plataforma no es muy significativo, puesto que se está simplemente replicando los procesos ante entidades ADR tradicionales.

Creemos, sin embargo, que la omisión de esta clase de funcionalidades de la plataforma europea encuentra explicación en el hecho de que esta fue concebida por la Comisión Europea no para resolver los conflictos sino para coordinar y mejorar la infraestructura de entidades nacionales de resolución alternativa. A lo sumo, en el último momento se llegó a incluir en ella una herramienta de tramitación de asuntos que es ofrecida, de manera opcional, a las partes y a las entidades ADR, para su utilización cuando así se estime oportuno (art. 5.4 d) Reglamento ODR). El Derecho europeo no ha querido, o podido, inmiscuirse más allá, y el desarrollo ulterior del ODR en todo tipo de sectores de litigios de consumo ha sido confiado, de forma implícita, a los Estados miembros y a las entidades ADR. La plataforma ODR Europea aparecería así únicamente como un acicate y un punto de partida para este desarrollo.

El reto actual es que las entidades ADR acreditadas sepan desarrollar sus propias plataformas de una forma positiva con miras al cumplimiento de las funciones que cabe asignar a la resolución alternativa de litigios de consumo. En esta dirección, la lectura de la

²⁰ Vid. E. Katsh and O. Rabinovich, "Promesas y desafíos para la resolución en línea en Europa", in F. Esteban de la Rosa (Dir.) and O. Olariu (Coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Aranzadi, 2018, pp. 364-365.

legislación europea deja claro que pretende promover la transparencia, el seguimiento de los litigios de los consumidores, así como la detección de los problemas recurrentes (art. 7.2 Directiva ADR), unas funciones que se verían enormemente facilitadas mediante la ayuda de las funcionalidades características del ODR.

Ya en este momento es posible comprender la estrecha relación entre el carácter especializado de una entidad ADR y la gestión más eficiente de los litigios. Las posibilidades de un desarrollo eficiente de la cuarta parte pueden depender, en cierta medida, de la estructura de las entidades ADR propias en cada Estado miembro europeo.

Uno de los reproches más importantes que cabe hacer al régimen de la plataforma europea es que no se descarta por completo la necesidad de que el procedimiento ante la entidad RAL exija una interacción cara a cara, algo que traiciona el objetivo de la implantación del ODR a nivel europeo. En efecto, según la legislación europea (art. 20.2 f) de la Directiva ADR, incluso si las partes pueden presentar una reclamación en el punto de entrada único de la Plataforma, ello no garantiza un procedimiento completamente en línea, ya que la presencia física de las partes puede ser requerida, tal y como por ejemplo hacen las entidades ADR que han sido acreditadas hasta ahora en España. A pesar de que la plataforma europea ofrece una herramienta de gestión electrónica que permite el procedimiento de resolución de litigios en línea, esta herramienta solo se ofrece como una opción, sin perjuicio de que los Estados miembros establezcan la necesidad de la presencia física de las partes. Se trata de un punto que requiere todavía de una depuración jurídica y de examen y comparación de principios procesales comunes para los diferentes métodos de solución alternativa de litigios de consumo, por lo que resulta comprensible que el Reglamento no haya querido entrar en esa definición.

La plataforma garantiza que los consumidores puedan presentar una reclamación en su propio idioma. La posibilidad de completar el formulario en cualquier idioma de la Unión Europea no significa, sin embargo, que la entidad ADR seleccionada tenga que procesar la reclamación en ese idioma. Una vez que la queja se transmite a una entidad ADR, la plataforma simplemente se ocupa de informar al consumidor sobre el idioma en el que se llevará a cabo el procedimiento, aunque los consumidores pueden haber tenido la impresión de que podrán utilizar su idioma durante todo el procedimiento. Sin embargo, la Directiva ADR no garantiza a los consumidores el uso de su lengua materna o incluso el idioma utilizado para celebrar el contrato. Pensemos por ejemplo en una empresa checa que ha vendido a un consumidor español y que la transacción ha tenido lugar en inglés. Si esta empresa checa está adherida a una entidad ADR en la República Checa, y esa entidad ADR

solo opera en ese idioma, el consumidor español se verá obligado a seguir un procedimiento en un idioma que no entiende. Si bien es cierto que la plataforma garantiza una traducción automática, esta traducción automática, incluso si puede ayudar, finaliza en el momento en que el litigio ha sido transmitido a una entidad ADR. Por eso en este ámbito el régimen europeo puede ser mejorado.

En el régimen de la plataforma se produce otra una importante disfunción, puesto que la plataforma no toma en cuenta la existencia de una obligación de participar en el procedimiento ante una entidad ADR que puede recaer sobre el empresario, o bien su adhesión previa a una entidad ADR, para de esta circunstancia determinar la transmisión automática de la reclamación a dicha entidad ADR. Aquí quizás se encuentra una de las razones que han generado el 85% de los archivos automáticos de las reclamaciones presentadas por consumidores. En la actualidad, si el comerciante no responde al correo que recibe, o simplemente si el consumidor no es capaz de indicar dicho correo electrónico, la plataforma europea ODR archiva la reclamación. Cuando el comerciante está legalmente adherido, o a través de acuerdo previo a una entidad ADR, el comienzo del procedimiento no debería depender de la existencia de la respuesta del comerciante.

El régimen de la plataforma europea tampoco tiene en cuenta, al menos no de forma expresa, la especialidad del sometimiento a arbitraje de consumo, que supone la exclusión de la vía judicial. Para proteger a las partes ante eventuales e inesperadas renunciadas a la vía jurisdiccional, el artículo 10.2 Directiva ADR requiere un consentimiento especial e informado. Dada la importancia de estas declaraciones, que implican la renuncia al derecho del consumidor a acudir a los tribunales y también la posibilidad de beneficiarse del foro del país de su domicilio, en los casos transfronterizos se debería exigir que dichas declaraciones tengan lugar en un idioma que sea conocido por el consumidor. Como consecuencia, cuando el método de solución sea de arbitraje, la declaración de consentimiento solo debería permitirse a través de la plataforma europea. Y por lo tanto debería excluirse la posibilidad de hacer efectiva una declaración de aceptación del arbitraje de consumidores a través de plataformas, que eventualmente puedan existir, que no permitan el uso del idioma del consumidor para este propósito. Como garantía adicional del derecho de acceso a tribunales, la violación de estos requisitos lingüísticos debería abrir la posibilidad de impugnar la validez del acuerdo de arbitraje de consumo.

IV. El ODR en Europa: situación en el marco legal actual y perspectiva para su futuro desarrollo

El Derecho europeo contempla la existencia de herramientas de ODR tanto en la plataforma europea ODR como en las entidades ADR certificadas. De acuerdo con el Reglamento ODR, la Comisión Europea ha desarrollado y es responsable del funcionamiento de la Plataforma ODR, incluidas todas las funciones de traducción necesarias para el propósito del Reglamento, su mantenimiento, financiación y seguridad. El Reglamento ODR define las funciones tecnológicas que han sido asignadas a la plataforma europea ODR. Estas funciones tienen que ver, fundamentalmente, con el papel de intermediación que desempeña la plataforma europea en el contexto del marco regulatorio europeo. Las funciones están definidas en el art. 5.4 Reglamento ODR. La plataforma europea ODR proporciona a los usuarios un formulario electrónico de reclamación que está disponible en todos los idiomas oficiales de la Unión, fácil de usar y de fácil acceso. La plataforma europea ODR debe informar a la parte demandada de la queja, identificar la entidad o entidades ADR competentes y transmitir la reclamación electrónicamente a la entidad ADR acordada por las partes. Como hemos dicho, la plataforma ODR ofrece una herramienta electrónica de gestión de casos, que permite a las partes y a las entidades ADR llevar a cabo los procedimientos de resolución de conflictos en línea a través de la plataforma ODR. La plataforma ODR proporciona a las partes una herramienta de traducción, que permite a las partes la traducción de la información que es necesaria para la resolución del litigio. También proporciona un sistema de retroalimentación que permite a las partes expresar sus puntos de vista sobre el funcionamiento de la Plataforma ODR y sobre la entidad ADR que ha tramitado el litigio. La Plataforma está concebida también para poner a disposición del público cierta información (como la información relativa a la resolución alternativa como medio de resolución extrajudicial de conflictos; a las entidades ADR notificadas en conformidad con el art. 20.2 Directiva ADR, para orientar a las partes sobre cómo presentar quejas a través de la Plataforma ODR, a los puntos de contacto ODR designados por los Estados miembros de conformidad con el Artículo 7 (1) Reglamento ODR, y a datos estadísticos sobre el resultado de las controversias).

Pero el diseño del ODR por el marco regulador europeo no se agota en la plataforma europea, sino que afecta también a las entidades ADR certificadas. De acuerdo con la Directiva ADR, las entidades de ADR deben cumplir algunos requisitos que, para ser cumplidos cabalmente, requerirán el uso de funcionalidades típicas del ODR y del uso de la Inteligencia Artificial. La Directiva ADR establece que las entidades ADR deben mantener

un sitio web actualizado que ofrezca a las partes un acceso fácil a la información sobre el procedimiento ADR y que, por lo tanto, los consumidores puedan presentar quejas y documentos en línea. Esta página web también habrá de permitir el intercambio de información entre las partes por medios electrónicos (art. 5.2 Directiva ADR). Además, la necesidad de utilizar funcionalidades del ODR parece clara cuando la Directiva ADR establece la obligación de garantizar que las entidades ADR hagan pública cierta información (refiriéndose específicamente a los informes anuales de actividad que incluyen información sobre el número de disputas recibidas y los tipos de quejas a las que se relacionaron; los problemas sistemáticos o significativos que ocurren con frecuencia y conducen a litigios entre consumidores y comerciantes, con recomendaciones sobre cómo se pueden evitar o resolver tales problemas en el futuro, a fin de elevar los estándares de los comerciantes y facilitar el intercambio de información; la tasa de controversias con que la entidad ADR se ha negado a tratar y el porcentaje de los diversos motivos que han determinado la denegación de la reclamación en conformidad con el artículo 5, apartado 4; en el caso de los procedimientos mencionados en el punto (a) art. 2.2 Directiva ADR, el porcentaje de soluciones propuestas o impuestas a favor del consumidor y del comerciante, y de los litigios resueltos a través de una solución amistosa; la parte porcentual de los procedimientos que se suspendieron y, si se conocen, las razones de su suspensión; y el tiempo promedio que duró la resolución de los litigios; la tasa de cumplimiento, si se conoce, con los resultados de los procedimientos de ADR). Las herramientas ODR también pueden ser de gran ayuda para recopilar la información que, según el art. 19.3 Directiva ADR, debe ser comunicada a las autoridades competentes cada dos años por cada entidad ADR certificada.

Como podemos comprobar, la información desglosada a que ahora han de hacer frente las entidades ADR acreditadas podrá suponer que se tenga en cuenta en incurrir en altos costos de personal por parte de entidades ADR tradicionales, pues estas no solían ofrecer tanta información. La TIC no solo lo hace ahora posible, sino que esto ha dado lugar a la posibilidad de exigir elementos de transparencia en las entidades ADR hasta ahora inconcebibles. Pero no cabe desconocer que, al introducir estos requisitos de información, la Directiva ADR está implícitamente exigiendo un desarrollo extremo del ODR por parte de las entidades ADR certificadas, pues el ODR se convierte en la vía natural para el cumplimiento de estos objetivos. Detrás del marco europeo, por tanto, lo que hay es un mandato de creación de plataformas ODR para ser utilizadas por las entidades ADR acreditadas.

La Directiva ADR indica sutilmente el camino que ha de ser seguido por las entidades ADR tradicionales para convertirse en entidades ADR modernas y acreditadas, cuyo papel creciente en el mercado va más allá de la simple resolución de litigios y se extiende sobre la agregación de datos y el suministro de información al público con el fin de prevenir y ayudar al buen funcionamiento general del mercado. Tal y como indica el profesor Hodges, la legislación europea considera que la resolución de litigios es solo uno de los pilares en los que se basa el buen funcionamiento del mercado. La resolución alternativa de litigios es solo la segunda. Por lo tanto, la agregación de datos, la información y la prevención son funciones complementarias para las entidades ADR. Al mismo tiempo la tecnología permite la detección y sanción de casos de fraude por parte de las autoridades públicas.

Lógicamente el desarrollo futuro del ODR deberá también tener en cuenta, y especialmente, la utilización de la Inteligencia Artificial con la finalidad de ayudar directamente en el procedimiento de resolución de litigios mediante el uso de herramientas como los exploradores de soluciones, la negociación automatizada o las herramientas de licitación ciega. Desafortunadamente, la legislación de la UE guarda silencio sobre este asunto y no hay criterios europeos directos que sean de aplicación en este momento. Incluso aunque la Directiva ADR prevé que las entidades certificadas ADR tendrán que suministrar información en forma de recomendaciones y detectar casos de fraude, por ejemplo, sin embargo, no se proporciona un plan de vuelo completo: no se ha llegado a presentar la versión en línea del último paso del procedimiento. La Directiva ADR toma los pasos de agregación de datos, de prevención y recomendación relacionados con cualquier problema sistemático o significativo que ocurra con frecuencia, pero, sorprendentemente, se salta el paso de clasificar los litigios y de ofrecer soluciones para ellos, una tarea típica que pertenece a las herramientas del ODR. Al mismo tiempo, parece difícil imaginar la posibilidad de ofrecer la información relacionada con los problemas sistemáticos y significativos sin utilizar la tecnología para preparar esta clasificación, contabilizar litigios y ofrecer soluciones. De alguna manera disminuye el valor de los pasos innovadores tomados por la UE para regular la resolución alternativa de conflictos al hacer que el proceso sea incompleto. En cualquier caso, los desarrollos en este campo deberán sopesar cuidadosamente teniendo en cuenta las perspectivas relacionadas con el acceso a la justicia y prestar atención, por ejemplo, a si el modelo de Inteligencia Artificial va a resolver el litigio con una decisión vinculante o solo va a mantenerlo en el campo del asesoramiento legal que permita a las partes llegar a un acuerdo.

La plataforma europea y la Directiva ADR son un paso significativo para responder a la generalización de la tecnología. Construyen un pilar sólido para este desarrollo y señalan

el camino a seguir para el futuro desarrollo del ODR en Europa. La tarea principal para el desarrollo de la ODR, y su implementación en los más diversos sectores de litigios, se ha encomendado fundamentalmente a los Estados miembros y a las entidades ADR certificadas. Cabe imaginar que las entidades ADR certificadas utilizarán funciones de ODR en mucha mayor medida que la plataforma europea ODR, en cierta medida precisamente para cumplir, de manera eficiente, los requisitos que provienen de la Directiva ADR, ya que muchos de ellos se cumplirán fácilmente con virtud del uso de esta clase de herramientas tecnológicas. Según esta opinión, y teniendo en cuenta las dificultades que pueden tener las entidades ADR y los Estados miembros para desarrollar sus propias herramientas ODR, y la posibilidad de tener diferentes tipos de crecimiento en los Estados miembros, y las dificultades para encontrar la inversión necesaria para este fin, sería del todo adecuado involucrar oficialmente a la Unión Europea en este esfuerzo.

V. La incorporación de la tecnología y la transformación de los sistemas ADR de los Estados miembros

El éxito político del marco regulador europeo se ha basado, como se ha señalado más arriba, en su carácter mínimamente invasivo sobre las estructuras ADR existentes en los Estados miembros. Según lo dispuesto en el apartado 15 del preámbulo de la Directiva ADR, “el desarrollo debe basarse en los procedimientos ADR existentes en los Estados miembros y con respeto a sus tradiciones legales”. Sin embargo, la lectura de la Directiva ADR y la forma en que se conciben las obligaciones de los Estados miembros plantean serias dudas respecto de este impacto mínimo, por las razones que vamos a ver a continuación.

En primer lugar, algunos sistemas ADR en los Estados miembros se han desarrollado bajo una base territorial (por ejemplo, el Sistema de arbitraje de consumo o las Oficinas Municipales de Información al Consumidor en España). Por varias razones la estructura territorial no cuadra bien con las funciones asignadas a las entidades ADR por la Directiva ADR. La era digital ha supuesto la redefinición de la proximidad del consumidor respecto de una concreta entidad ADR, debiendo tenerse en cuenta prioritariamente si el sitio web del comerciante incluye el enlace a una entidad ADR específica. La existencia de una página web con información de todas las entidades ADR acreditadas, y con sus respectivos enlaces, representa un elemento excelente para mejorar la posición de los consumidores, ya que facilita la búsqueda del camino para presentar una reclamación en línea. Por otro lado, teniendo en cuenta las funciones asignadas a las entidades ADR por la Directiva ADR, una estructura de ADR con base territorial no contribuye al cumplimiento más adecuado de

algunas funciones, ya que los datos generados y ofrecidos podrán llegar a ser poco significativos, produciendo sesgos en la información suministrada.

En segundo lugar, el uso de la tecnología ofrece sus mejores resultados cuando el campo de acción es más estrecho: por lo tanto, cuando se aplica a sectores específicos de litigios es más fácil identificar problemas específicos y recurrentes y transmitir información precisa sobre ellos. Por esa razón, en una estructura ADR que incorpora herramientas de ODR, la especialización se convierte en un importante paradigma. Un modelo de inteligencia artificial tendría los mejores resultados si es ejecutado por entidades ADR con competencia para resolver litigios en un sector específico. Es dudoso que un modelo de Inteligencia Artificial para ODR pueda dar resultados igualmente buenos en el contexto de una entidad ADR certificada con competencia para conocer de todo tipo de litigios de consumo. Si bien las entidades ADR generalistas podrían utilizar también herramientas tales como la de subasta ciega, las entidades ADR especializadas podrían ofrecer herramientas mucho más potentes, pudiendo por ejemplo asesorar a las partes sobre la solución del caso si la negociación fracasara, en la forma del Mejor Acuerdo Negociado Alternativo. Este conocimiento ayudaría a las partes a saber cuáles son sus posiciones y tendrían una presión psicológica antes de la negociación, lo que facilitaría el acuerdo.

En relación con esta perspectiva, si consideramos las funciones adicionales que la Directiva ADR asigna a las entidades ADR (agregación de datos, información, prevención), hay algunas entidades ADR que pueden considerarse más adecuadas para cumplir estas funciones, por la existencia de un interés propio para hacerlo. En esta situación se encuentran, por ejemplo, los Reguladores que se encargan de la supervisión e inspección de un sector económico (los llamados Reguladores, pero que también tienen competencia para conocer de las reclamaciones individuales) o los Defensores del cliente (públicos o privados) en cuyos procedimientos deben participar todas las empresas de un sector. Como tienen sus propios propósitos para recopilar dicha información, están en una posición muy buena para ser entidades certificadas ADR. Un Regulador que proporcione reparación, que utilice herramientas ODR con toda probabilidad estará en una posición óptima para mejorar la protección de los consumidores y del mercado.

La reforma del sistema también debería prestar atención a las costumbres y hábitos de los consumidores y comerciantes en lo que se refiere a la resolución de litigios. Tal y como muestran los datos proporcionados por la Comisión Europea relativos a los primeros dos años de funcionamiento de la plataforma ODR de la UE, ofrecer una plataforma ODR completamente nueva, o una nueva entidad ADR, con el nivel más alto de funcionalidades

ODR, no garantiza el éxito. La confianza es una cuestión de tiempo y perseverancia y por ello la reforma del sistema no puede ocurrir sino considerando las estructuras ADR, con sus luces y sombras, como punto de partida.

Otro elemento importante en la reforma de la estructura ADR debe ser mejorar las funcionalidades y posibilidades que permiten a las partes negociar y encontrar una solución, en una forma más amplia respecto de las entidades ADR tradicionales. Por lo tanto, todo sistema legal debe establecer incentivos adecuados para ayudar a las partes a encontrar una solución. La reflexión debe analizar cuáles son los mejores incentivos para que las partes se sometan a una entidad ADR, los incentivos para alcanzar acuerdos y finalmente cumplir voluntariamente con la decisión o el acuerdo.

VI. Conclusiones

El Nuevo Marco Regulator Europeo para el ADR y el ODR puede ser visto como el pilar fundamental para el desarrollo de la ODR en Europa. No solo apoya directamente el desarrollo del ODR a través de la Plataforma de la UE, sino que, al mismo tiempo, obliga a los Estados miembros a cumplir obligaciones que van más allá de la resolución de una disputa en particular, y cuya introducción debe ser tomada como un impulso al desarrollo del ODR en Europa en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo.

Sin embargo, para que el ODR se vuelva real y muestre todo su potencial para resolver litigios, y para contribuir al buen funcionamiento de los mercados, tanto los Estados miembros como las entidades certificadas ADR deben unir fuerzas, y la Unión Europea debería participar más activamente en la dirección de este impulso. Por decirlo con claridad, la Unión Europea deberá asistir financiando la creación de nuevas plataformas de resolución alternativa de litigios de consumo. Al mismo tiempo, al contrario de lo que se dice, el marco regulador europeo tiene el potencial de cambiar la estructura completa de las entidades ADR en todos los Estados miembros, especialmente en países como España donde las entidades ADR más populares tienen una competencia muy amplia para la resolución de litigios de consumo. El tiempo dirá si la UE, los Estados miembros y las entidades ADR se sincronizan para remar en la misma dirección y lograr el impulso definitivo para la instauración plena de la tecnología en la resolución alternativa de litigios de consumo en Europa, para conseguir mayor eficiencia y, por ende, mayor justicia, pues este es el objetivo.

Bibliografía

- AA.VV. (2016). *The New Regulatory Framework For Consumer Dispute Resolution*, P. Cortés (ed). Oxford University Press.
- CORTÉS P. - DE LA ROSA, Esteban F., *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España. Una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el Derecho comparado*. ADICAE, 2016.
- CORTÉS P. - DE LA ROSA, Esteban F., “Building a Global Redress System for Low-Value Cross-Border Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62, N.º 2, 2013.
- DE LA ROSA, Esteban F, “Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas”, *Revista General de Derecho Europeo*. N.º 25, 2011, pp. 1-41.
- DE LA ROSA, Esteban F., “Régimen de las reclamaciones de consumo transfronterizas en el nuevo derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 69, N.º 1, enero-junio, Madrid, 2017.
- DE LA ROSA, Esteban F, “Scrutinizing Access to Justice in Consumer ODR in Cross-Border Disputes. The Achilles’ Heel of the EU ODR Platform”, *International Journal on Online Dispute Resolution*, 2017.
- DE LA ROSA, Esteban F y P. Cortés, “Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, en F. Esteban de la Rosa (edit.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 548-561.
- DÍEZ GARCÍA H., “Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo”, en DIAZ ALABART (Dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.), *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR. Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) nº 524/2013*, Madrid, Reus, 2017.
- FUENTESECA DEGENEFFE, C., “El principio de transparencia, la eficacia y la equidad en la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 y su transposición al Derecho español”, en DIAZ ALABART (Dir.) y FUENTESECA DEGENEFFE (coord.). *Resolución Alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) nº 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017, pp. 85-148.
- HODGES Ch., “Collective Redress: The Need for New Technologies”, *Journal of Consumer Policy*, 18 august, 2018, pp. 1-32.
- Katsh E. y RABINOVICH O., “Promesas y desafíos para la resolución en línea en Europa”, in F. Esteban de la Rosa (Dir.) and O. Olariu (Coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Aranzadi, 2018, pp. 364-365.
- KATSH E. - O. Rabinovich-Einy, *Digital Justice. Technology and the Internet of Disputes*, Oxford University Press, 2017.
- MARQUES CEBOLA C., “La resolución en línea de litigios de consumo en la nueva plataforma europea ODR: perspectiva desde los sistemas español y portugués”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.) y OLARIU, O. (coord), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Aranzadi, 2018, pp. 369-393.
- VILALTA NICUESA, A.E. - BARRAL VIÑALS, I., “Puesta en marcha de la plataforma EUR ODR y obligaciones derivadas del Reglamento UE nº 524/2013”, en *La Plataforma ODR. ¿Un mecanismo al alcance de todos los consumidores?*, Zaragoza, ADICAE, 2016, pp. 57-80.

- WING L., “Ethical Principles for Online Dispute Resolution. A GPS Device for the Field”, *International Journal on Online Dispute Resolution*, 2016 (3) 1, pp. 12-29.
- ZELEZNIKOW, J. “Can artificial Intelligence And Online Dispute Resolution Enhance Efficiency And Effectiveness In Courts”, *International Journal for Court Administration*, vol. 8-2, May 2017, pp. 30-45.

EL ACCESO A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA: PROPUESTAS DE REFORMA DEL SISTEMA VIGENTE

*Montserrat, GUZMÁN PECES**

Recibido: 21.02.19

Aceptado: 17.05.19

Resumen: El presente trabajo analiza las formas de acceso a la nacionalidad española. Desde la atribución por ser hijos de padres españoles o, por nacer en España en determinadas condiciones, pasando por la adquisición por arraigo en nuestro territorio o, basadas en la trayectoria individual de la persona. Además, se analizan los mecanismos de recuperación de la ciudadanía. Durante los últimos años han sido muy abundantes las reformas en este ámbito y, se percibe una falta de coherencia en los plazos, requisitos, incluso diferencias de tratamiento jurídico difícilmente explicables desde el punto de vista constitucional. Finalmente se realizan una serie de propuestas para una reforma global del sistema.

Palabras clave: Nacionalidad española, atribución, adquisición, residencia, reformas.

Access to spanish nationality: Proposals for reform of the current system

Abstract: This paper analyzes the forms of access to Spanish citizenship. From the attribution for being children of Spanish parents or, to be born in Spain under certain conditions, going through the acquisition by rooting in our territory or, based on the individual trajectory of the person. In addition, the mechanisms for the recovery of citizenship and the cases in which it can incur loss of citizenship are analyzed. In recent years reforms in this area have been very abundant and there is a lack of coherence in terms, requirements, and even differences in legal treatment that are difficult to explain from the constitutional point of view. Finally a series of proposals for a reform of the system are made.

Key words: Spanish citizenship, attribution, acquisition, residence, reforms.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Alcalá (1993). Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá, cum laude por unanimidad (2004). Premio a la mejor tesis jurídica otorgado por la Sociedad de Condueños de Alcalá (2004). Obtuvo la acreditación a la figura de Profesora Contratada Doctora y Profesora Doctora de Universidad Privada en 2012. En la actualidad es Profesora Contratada Doctora Interina por la Universidad de Alcalá.

I. Cuestiones preliminares

La Constitución española de 1978, solo hace mención a cuatro cuestiones en el ámbito de la nacionalidad: la adquisición, conservación, la pérdida de la nacionalidad y la doble nacionalidad¹, estableciendo una reserva de ley para la regulación de todas estas cuestiones². El acceso, conservación y pérdida de la nacionalidad española se ha regulado en nuestro sistema vigente en el Código Civil (arts. 17 a 26) a través de cuatro vehículos jurídicos distintos:

La atribución de la nacionalidad constituye una manifestación unilateral de la voluntad del Estado, mediante la que se asigna la ciudadanía española a quienes configuren unos determinados requisitos, vinculados al denominado “ius sanguinis” e “ius soli”, presentando este último ciertas limitaciones.

La opción, constituye una adquisición a solicitud de la persona siempre que reúna una serie de requisitos legalmente establecidos de distinta naturaleza jurídica pero que presentan elementos comunes como la existencia de determinadas conexiones o índices con el Estado español, muy anteriores en el tiempo a la fecha de obtención de la ciudadanía.

La concesión, se fundamenta en el otorgamiento discrecional del Consejo de Ministros cuando concurren “circunstancias excepcionales” en el solicitante. Esta modalidad también puede obedecer a causas muy diversas, como por ejemplo de tipo honorífico o, incluso cuando se manifiesta la imposibilidad del cumplimiento de los índices requeridos para la adquisición de la nacionalidad por otras vías, constituyéndose en este caso como una especie de “válvula de escape” del sistema de adquisición de la ciudadanía.

La adquisición por residencia, tiene en cuenta el arraigo del solicitante a través de la exigencia de unos plazos legales de residencia en nuestro territorio, además de otra serie de requisitos ineludibles relacionados con la conducta del sujeto y la integración en la sociedad española, cuya valoración por parte de las autoridades competentes ha pasado de basarse en apreciaciones, más o menos subjetivas, basadas en conceptos jurídicos indeterminados, a fundamentarse en dos pruebas tasadas, una de conocimientos socio-culturales y

¹ El art. 11 de la CE de 1978 que encabeza el Capítulo Primero bajo la rúbrica *De los españoles y extranjeros* reza con el siguiente tenor literal: “1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.”

² Este documento formó parte de la Ponencia presentada en el IX Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP (Madrid, España) que tuvo lugar los días 24 a 27 de septiembre de 2018.

constitucionales del Estado español y, otra, consistente en la superación de un examen de castellano.

Pues bien, en este trabajo nos vamos a centrar fundamentalmente en el sistema de atribución, la opción y la adquisición de la ciudadanía por residencia deslindando el acceso a una nacionalidad originaria o derivativa y la coherencia del sistema como consecuencia de las últimas reformas planteadas y de la práctica jurisprudencial en este ámbito.

II. El sistema de atribución de la nacionalidad

El Código Civil dedica los artículos 17.1 y 19.1 a establecer el grupo de personas destinatarias de la nacionalidad por la configuración de una serie de circunstancias ajenas a la voluntad del beneficiario. El primero de los artículos citados, debe su actual redacción a sucesivas reformas legislativas. La modificación de 1982³, introduce una variante en el tipo de nacionalidad, puesto que aquellos que reunieran los índices retenidos, en los cuatro apartados del precepto serían españoles “originarios”, configurándose así dos tipos de nacionalidad: originaria y derivativa, con un tratamiento jurídico diferenciado en opción, conservación y pérdida de la ciudadanía.

Sobre esta cuestión, se pueden hacer inicialmente dos reflexiones: La primera, es que la caracterización de “originaria” evoca una nacionalidad inicial o primera, de manera que el método de acceso sería únicamente el de la atribución a través de la filiación o el nacimiento en nuestro territorio. Y, por otro lado, pudiera referirse a la primera en grado. Pues bien, la ciudadanía originaria en nuestro sistema jurídico comprende estos dos elementos, es la que manifiesta una vinculación inicial con el Estado que la atribuye y, cualitativamente se encuentra en una situación superior a la obtenida de modo derivativo, como demuestra entre otros argumentos, que a un español originario no se le pueda privar de la ciudadanía a no ser que renuncie expresamente a ella, por la adquisición de otra, que no pueda convivir con la española.

³ Ley 51/1982 de 13 de julio de modificación de los artículos 17 a 26 del Código Civil. BOE, núm. 181 de 30 de julio de 1982. EL art. 17 tras la reforma atribuía la nacionalidad originaria en estos cuatro supuestos: “1. Los hijos de padre o madre españoles. 2. Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de éstos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de padre o madre extranjeros adscritos al servicio diplomático o consular. 3. Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. 4. Los nacidos en España cuya filiación sea desconocida o aunque conocida respecto de uno de los padres la legislación de éste no atribuya al hijo su nacionalidad y los menores ballados en territorio español si no se conoce el lugar de su nacimiento ni su filiación”.

En este sentido, la mención a la nacionalidad de origen en el art. 17 del Código civil subraya claramente dos aspectos:

En primer lugar, los índices que se recogen en él determinan las personas a quienes nuestro sistema jurídico reconoce el derecho humano a la nacionalidad española. Y, desde su dimensión sociológica se atribuye la ciudadanía, con carácter originario a aquellos nacidos, que la nación considera inicialmente como naturales del Estado.

En segundo lugar, como ya he apuntado, implica el estatuto diferenciado, que, en el actual sistema español, corresponde a quien ostenta la nacionalidad con el carácter de originaria. La Constitución española de 1978 refuerza esta consideración, al concretar la interdicción de su privación; la reserva de funciones tutelares del Rey menor y, en su consideración de nacionalidad “prioritaria” cuando un nacional posee también la de un país de nuestra comunidad histórica.

En definitiva, antes de abordar el análisis funcional de su contenido, queremos recalcar que la vía de acceso a la nacionalidad que vamos a señalar, no es el único vehículo para la adquisición de la nacionalidad originaria, toda vez que los artículos 17 y 19 del Código Civil, así como la disposición transitoria segunda de la Ley 18/1990⁴ preveían la posibilidad de optar a la nacionalidad española originaria en determinados supuestos. Puntualizado este extremo, hemos de señalar que la atribución de la nacionalidad española en la nueva ordenación se fundamenta en las conexiones que determinan el origen genético y el nacimiento en el territorio, aunque este último con carácter más restrictivo, por cuanto se encuentra limitado al cumplimiento de una serie de requisitos, en ocasiones erróneamente considerados, a nuestro juicio, por algunas de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)⁵. El nacimiento en España por sí solo no constituye una causa de atribución de la nacionalidad si no va a unido a otros índices como pudieran ser el nacimiento de alguno de los progenitores también en territorio español o, si obedece a

⁴ Ley 18/1990 de 17 de diciembre sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad. *BOE*, núm. 302 de 18 de diciembre de 1990. En esta Ley, entre otras cuestiones, se modifica el término del art. 17 “hijos de” por “nacidos de padre o madre españoles”.

⁵ Por ejemplo, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 4 de septiembre de 2015 (21^a) en la que se atribuye *iure soli* la nacionalidad española a un brasileño nacido en España de padres brasileños porque la Constitución brasileña requiere para otorgar la nacionalidad brasileña a los hijos de brasileños, la inscripción del nacimiento en el Registro Civil brasileño. También *Vid.* la RDGRN de 25 de septiembre de 2015 (39^a) en la que se atribuye la nacionalidad española *iure soli* a colombiano nacido en España de padres colombianos porque al no estar domiciliados en Colombia y no registrarlo, se produce una situación de apatridia originaria. Por lo que respecta, al requisito del domicilio no depende de la voluntad del nacido o de los progenitores (pueden tener que haber migrado a otro país por diferentes motivos) pero respecto a la necesidad de la inscripción, si es perfectamente posible inscribir el nacimiento en el Registro consular.

una medida de protección de las personas, porque se encuentran en situación de apatridia o, porque la filiación no resulta determinada. Pues bien, la DGRN ha otorgado la nacionalidad por esta vía, a extranjeros nacidos en España de padres extranjeros porque al no registrar el nacimiento de sus hijos, por ejemplo, incurrierán a juicio del Centro Directivo, en una situación de apatridia, al no otorgarse la nacionalidad originaria.

1. La atribución por nacimiento y filiación

a. La atribución *ex iure sanguinis*

El apartado a) del numeral primero del art. 17 preceptúa que “Son españoles de origen: Los nacidos de padre o madre españoles”. El *ius sanguinis* recibe una nueva formulación en el sistema de nacionalidad, puesto que el término “hijos” ha sido sustituido por el de “nacidos” (por la Ley 18/1990). Esta nueva redacción del texto normativo, obedece a la interpretación que se venía dando por la doctrina de la DGRN, cuando expresó con claridad que la falta de acreditación de la filiación en sentido estricto no debía considerarse obstáculo para que el Encargado del Registro apreciara la existencia de indicios racionales para entender que al nacido pudiera corresponderle “*iure sanguinis*” la nacionalidad española y proceder a su inscripción registral.

Desde una perspectiva doctrinal, habría que poner de manifiesto algunas cuestiones: primero, con la utilización del término “nacido” se está subrayando el dato de que la atribución de la ciudadanía depende del mismo hecho que la filiación por naturaleza, pero no de la filiación en sí misma. Ahondando más en este planteamiento, no debería necesitarse la acreditación en el mismo momento. La atribución de la nacionalidad no puede depender de otro estado que surge simultáneamente, sino de los datos con los que se inicia el historial registral de la persona, con base en la normativa de Registro Civil respecto de la inscripción⁶.

En el supuesto de que después de practicada la inscripción, se determinara una filiación diferente, se estaría concretando una nueva realidad biológica. El sujeto podrá encontrarse con que es “nacido” de una persona de la que no pudo derivarse su situación de español o, por el contrario, es nacido de un padre en cuya base sí le pudo atribuir ese estado. Dicho esto, la ciudadanía no tiene porqué seguir necesariamente las mismas vicisitudes que la

⁶ Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil. *BOE núm.* 175 de 22 de julio de 2011. En el art. 4 se establecen los hechos inscribibles (por ej. nacimiento) y en el art. 5, se señala que “1. Cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias en los términos de la presente Ley. 2. El registro individual se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique. 3. En dicho registro se inscribirán o anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil.”

filiación de una persona. Para ello, están previstos una serie de mecanismos como la pérdida de la nacionalidad española, la re-adquisición, incluso la consolidación que discurren por unos cauces normativos distintos, según se establece en el numeral segundo del artículo 17 ó, del tercero del artículo 18 del Código Civil.

El efecto de la inscripción registral del nacimiento sobre la nacionalidad resulta bastante peculiar, dado que, una vez promovida la inscripción por la declaración pertinente, la nacionalidad del nacido de padre o madre españoles surge la correspondencia entre los hechos de los que da fe el asiento y el presupuesto normativo del artículo 17.1 del Código civil. Existe una presunción privilegiada tendente a garantizar la estabilidad del estado civil. No obstante, si a lo largo de la vida del sujeto, los datos a los que hacemos referencia cambian, en el registro personal se inscribirán los hechos o actos que acontezcan por orden cronológico.

Por otro lado, el término “nacido” delimita en el tiempo la apreciación del “ius sanguinis”. Son españoles originarios los nacidos de un padre o de una madre que en el momento del alumbramiento fuesen españoles. La diferencia de redacción no ha cambiado la interpretación que se venía dando a este precepto en las sucesivas versiones y, se ajusta a la doctrina de la DGRN. Si una persona nace de un ciudadano español que hubiese muerto después de su concepción, debe reputarse “nacido” de un español a los efectos favorables de la atribución de la nacionalidad (art. 29 Código civil) siempre que haya nacido con vida y se produzca el completo desprendimiento del seno materno (art. 30 Código civil). A sensu contrario, al nacido de padre o madre extranjeros no le corresponde la nacionalidad española por esta vía, aunque en algún momento uno de ellos hubiera ostentado la nacionalidad española.

b. La atribución por filiación

El artículo 19 establece en el párrafo primero que “El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen”. Esta redacción se introdujo por la Ley 18/1990 de reforma del Código civil en materia de nacionalidad, dado que, en las anteriores versiones del Código civil, nada se preceptuaba respecto a la filiación adoptiva en el ámbito de la nacionalidad. En la actualidad, el legislador configura la constitución de la filiación adoptiva como una medida definitiva de protección de menores de edad cuyos efectos se equiparan a la filiación biológica. Dicha equiparación, aunque no se señala expresamente en el art. 39 de la Constitución española, se

podría inferir de la prohibición de discriminación genérica del art. 14 del texto constitucional. No obstante, tras la reforma del Código civil de 1981⁷, la filiación matrimonial, no matrimonial y la adoptiva en forma plena se equiparán en efectos.

No obstante, la regulación no es ajena a otro tipo de realidades en las que se configura una filiación adoptiva respecto de mayores de 18 años de edad. En el caso descrito, se preceptúa en el numeral segundo del artículo 19, que “Si el adoptado es mayor de dieciocho años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción”, estableciendo así un sistema de acceso a la nacionalidad española radicalmente distinto al de atribución. En estas coordenadas, depende de la voluntad de la persona la adquisición de la ciudadanía, configurándose como un sistema de opción, en el que, dependiendo del lugar de procedencia, el individuo puede llegar a perder la nacionalidad originaria al adquirir la española, que también resultaría originaria, al constituirse la filiación adoptiva.

El legislador consciente de la posibilidad de la pérdida de la nacionalidad anterior, ha introducido un nuevo párrafo al artículo 19, a través de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸ (aunque esta previsión solo afectaría a las adopciones de menores de edad). En efecto el numeral tercero reza con el siguiente tenor literal: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad, ésta será reconocida también en España”. No obstante, entendemos que dicha cautela carece de fundamento, dado que con independencia de lo que se disponga en el sistema jurídico español, si en el país de origen no está prevista la pérdida de la nacionalidad originaria por adopción, el adoptado podrá seguir gozando de la misma.

Una vez constituida la adopción de un menor de edad respecto de adoptantes españoles, el procedimiento variará dependiendo de que la adopción se constituya ante autoridad judicial española o ante autoridad extranjera. Del mismo modo, la filiación adoptiva comenzará a desplegar sus efectos desde el reconocimiento de la adopción e inscripción en el Registro y, este proceso, puede resultar bastante complejo si la adopción constituida en el extranjero, no se corresponde con los efectos previstos en nuestro sistema jurídico o, si no se han observado los requisitos mínimos exigibles que en este ámbito se erigen como

⁷ Ley 11/1981 de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. *BOE núm.* 119 de 19 de mayo de 1981.

⁸ *BOE núm.* 180 de 29 de julio de 2015.

mandatos imperativos⁹ (por ejemplo, la apreciación idoneidad de los adoptantes y adecuación de los adoptandos).

Otro elemento a destacar dentro de este supuesto de adquisición de la nacionalidad originaria, es la operatividad de una regla de consolidación de la nacionalidad que obedece nuevamente al “interés prioritario del menor”. La adopción es irrevocable (art. 180 del Código Civil), salvo que la autoridad judicial aprecie, a instancia de los progenitores, que éstos no han intervenido, sin culpa por su parte, en el expediente conforme a lo previsto en el artículo 177 del Código Civil, en cuyo caso puede acordar la extinción de la misma. No obstante, como se preceptúa en el apartado tercero, la extinción no es causa de la pérdida de la nacionalidad y de la vecindad civil adquirida. Para la extinción de la adopción la demanda debe interponerse en los dos años siguientes a la constitución de la misma, por lo tanto el plazo de consolidación, incluso contando el tiempo hasta la obtención del fallo, es considerablemente menor al requerido por el art. 18 del Código Civil para los supuestos de anulación de cualquier título registral (10 años).

c. La atribución *ex iure soli* en la reciente historia del Derecho español de la nacionalidad y su concreción actual.

El artículo 17 en el apartado b) establece que: “Son españoles de origen: b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.”

⁹ Por tanto, la adopción constituida conforme a lo previsto en el Convenio de la Haya de 1993 sobre protección de menores o, de acuerdo a otros Convenios bilaterales existentes, se reconocerá prácticamente de modo automático y, al menor adoptado se le atribuirá la nacionalidad española desde el momento de la constitución válida e inscripción en el Registro correspondiente (art. 4.2 Ley Registro Civil). Por el contrario, si la adopción no reúne los requisitos básicos a los que aludíamos, al menor no se le atribuirá la nacionalidad española. Cuestión distinta es que una vez se subsanen los defectos de que adolecía, los efectos puedan retrotraerse al momento inicial de constitución (*ex tunc*) en atención al interés prioritario del menor. Conforme al art. 5 de la Ley de Registro Civil, cada persona tiene un Registro individual que se inicia con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique o anotación. En dicho registro constarán los hechos y actos relativos a la identidad y estado civil, asignándose un código personal. En el caso de la filiación adoptiva se considera que son datos especialmente protegidos (art. 83), de manera que solo el inscrito o sus representantes legales pueden acceder o autorizar a terceras personas su publicidad (art. 84). Una vez practicada la inscripción de la adopción, entendemos conforme a la interpretación de la Dirección General de los Registros en su Resolución de 17 de julio de 1985 que no es necesario una inscripción específica de la nacionalidad, dado que la “atribución o adquisición originaria de la nacionalidad no da lugar por la nueva declaración de los particulares a inscripciones específicas en el Registro Civil.

La doctrina española ha puesto de relieve el predominio del *ius sanguinis* en los últimos años como clave del diseño del sistema de atribución de la nacionalidad originaria¹⁰. En la actualidad, la normativa ha invertido el antiguo predominio de las conexiones basadas en el territorio, dado que si el *ius soli*¹¹ no está acompañado de otros criterios, no es en sí mismo causa de atribución de la nacionalidad de origen como tendremos ocasión de señalar. Dicho esto, no es menos cierto que sigue existiendo una tendencia o primacía sociológica a su favor, con gran implantación en la población española.

No obstante, no cabe olvidar que en la primera redacción del Código civil la conexión genética se formuló como un correctivo funcional del *ius soli*. En una primera versión, no positivada, del *ius sanguinis*, incluso se recurría a la ficción de reputar nacidos en España a los hijos de españoles, aunque hubiesen nacido en el extranjero. También en la primera redacción del Código civil se consagraba el carácter prioritario del *ius soli*, al establecer “Son españoles: 1. Las personas nacidas en territorio español. 2. Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España”.

En efecto, aunque el hecho del nacimiento en el territorio español ha constituido una constante en nuestro derecho histórico para atribuir la nacionalidad, su progresivo desplazamiento por el *ius sanguinis* y el debilitamiento de su juego operativo, ha constituido el cauce de la evolución del tratamiento jurídico de la nacionalidad¹².

En una segunda etapa en la evolución del sistema de nacionalidad, de la mano de la Ley de 15 de julio de 1954¹³, la vinculación *ius soli* necesitaba de la confluencia de otros dos criterios. En primer lugar, al requisito del nacimiento en el territorio español se le exigía el

¹⁰ Con carácter general, *Vid.* J ESPINAR VICENTE, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Civitas; Madrid, 1994; ESPINAR VICENTE, J.M., “La función de la nacionalidad y la extranjería en Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, Iprolex, Madrid, 2012, pp. 39 y ss. *Vid.* también, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *El Derecho de la nacionalidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. ESPLUGUES MOTA C., PALAO MORENO G. y DE LORENZO SEGRELLES, M., *Nacionalidad y Extranjería*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹¹ *Vid.* La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 24 de noviembre de 2017, en la que se interpreta la noción de “nacido en territorio español”, en la línea de los que la Dirección General de los Registros y del Notariado venía argumentando, al considerar a estas personas “súbditos” del territorio español. En este caso se deniega la atribución de la nacionalidad española originaria al solicitante nacido en El Aaiún (Sáhara español) en 1958, dejando libre la vía para acogerse a la adquisición por residencia con un año de residencia en España (art. 22.2.a) del Código civil). Aunque en este último supuesto, la nacionalidad tendría un carácter derivativo. En sentido similar, véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 16 de junio de 2017, en la que se deniega la nacionalidad española a nacido en España en 1995 de padres nacidos en Guinea Ecuatorial. Se preceptúa que el art. 17. 1.b) del Código civil, se debe interpretar en el sentido que el nacimiento en España de alguno de los progenitores, debe entenderse con carácter restrictivo, por tanto se excluirían las colonias españolas.

¹² *Vid.* J ESPINAR VICENTE, J.M. y GUZMÁN PECES, M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, 58-62.

¹³ BOE núm. 197 de 16 de julio de 1954.

ser hijo de un progenitor, que, aunque extranjero, hubiese nacido también en España y estuviese domiciliado al tiempo del nacimiento. Si se daban estas características la atribución de la nacionalidad se producía de modo automática. En segundo lugar, el nacimiento en territorio español, sin ninguna otra conexión añadida daba lugar a un derecho de opción o, en los términos que hemos señalado anteriormente.

El último paso de la evolución, lo introdujo la reforma de 1982 que suprimió el derecho de opción y, pasó a considerar a los nacidos en el territorio español, inmersos en el sistema privilegiado de adquisición de la nacionalidad por residencia, dado que con un año de residencia en nuestro territorio les basta para la obtención de la nacionalidad por residencia. A mi juicio, resulta un error porque no encaja en el espíritu de la norma, dado que como tendremos ocasión de poner de manifiesto en el epígrafe correspondiente, la adquisición de la nacionalidad por esta vía, obedece a unos parámetros de arraigo combinados con una serie de requisitos que carece de sentido se aprecien con carácter general en todos los individuos. En este sentido, si lo que se pretendía es seguir manteniendo la conexión “*ius soli*” como conexión prevalente sobre otras, pero sin alcanzar al *ius sanguinis* hubiese sido más acorde su mantenimiento en el sistema de opción o, incluso en la concesión por carta de naturaleza.

Por lo que respecta al sistema de atribución de la nacionalidad *ex iure soli*, la reforma de 1982 introdujo dos modificaciones que se mantienen en la actualidad en el art. 17 del Código Civil: Una de carácter formal, al referirse a los padres con carácter alternativo y no acumulativo como hasta entonces (padre o madre). La segunda, si tuvo un carácter sustancial, al suprimirse el domicilio de los padres en España en el momento del nacimiento en España. A nuestro juicio, esta cautela suponía primar el enraizamiento de sucesivas generaciones en nuestro territorio con una vinculación real con nuestro territorio. Además, suponía un límite a posibles situaciones fraudulentas de extranjeros que pudieran venir a España con el único objetivo de que su hijo naciera en nuestro territorio. De hecho, por esta razón se excluyó expresamente a los hijos de personal adscrito al servicio diplomático, para evitar que la atribución de la nacionalidad obedeciera a motivos aleatorios (por razones de servicio) y no a la expresión de un arraigo real. No obstante, a día de hoy consideramos esta previsión obsoleta, porque evidentemente puede ser extensible a otro tipo de trabajadores o prestadores de servicios que temporalmente se encuentran en nuestro territorio.

Por su parte la ley 18/1990, introduce un pequeño cambio terminológico en el apartado b) del art. 17.1 por cuanto excluía del sistema de atribución de la nacionalidad, a los nacidos en España de padres extranjeros cuando uno de los padres hubiera nacido también

en nuestro territorio, a los hijos de funcionario diplomático o consular (en la anterior redacción se refería a los extranjeros adscritos al servicios diplomático o consular). Si bien, esta nueva terminología está más adaptada a los textos internacionales, en nuestra opinión y como hemos señalado anteriormente obedece a condiciones pretéritas que no encajan bien en la lógica del sistema.

En efecto, si lo que se pretendía con esta excepción es eliminar aquellas situaciones meramente circunstanciales y que no se traducen en un arraigo real, entendemos que no es la fórmula adecuada, principalmente por dos razones: En primer lugar, porque existen dos índices de arraigo: nacimiento de dos generaciones en territorio español y, en segundo lugar, porque en la actualidad, fruto de la globalización económica, política y jurídica fundamentalmente, existen otros muchos profesionales destinados en nuestro territorio, a cuyos hijos si reúnen estos mismos requisitos se les atribuye la nacionalidad española de origen. Además, en todos los casos, salvo que los períodos de estancia de los progenitores en nuestro territorio fueran muy cortos, podrían acceder a la nacionalidad por residencia de un año en España. A nuestro juicio, no tiene sentido mantener esta excepción únicamente para el colectivo de funcionarios diplomáticos o consulares y, más bien seríamos partidarios de incluirlos en los supuestos de opción en lugar de concesión por residencia.

Por otro lado, la atribución en base al nacimiento en territorio español, se articula como un mecanismo de protección contra las situaciones de apatridia y como un instrumento de protección de menores en situación de abandono. Desde 1954 se configuró el *ius soli* como instrumento de protección y lucha contra la apatridia, aunque únicamente en relación con los hijos de padres desconocidos. Posteriormente con la reforma de 1982, se amplió el ámbito de eficacia material del precepto para incluir a los nacidos en España de padres extranjeros que no transmitiesen su nacionalidad *iure sanguinis* y a los nacidos en territorio español de origen desconocido.

Pues bien, centrándonos en el análisis del primero de los apartados, habría que señalar que consagra la lucha contra la apatridia, al atribuir la nacionalidad española a toda persona, con filiación determinada pero que no se encuentra revestido de la nacionalidad de sus progenitores, bien porque el Estado correspondiente no contempla la transmisión por vía genética o, porque sus padres carecen de una nacionalidad. El principio orientador resulta claro y coherente con la lucha y prevención de situaciones de apatridia, dado que el derecho a ostentar una nacionalidad se configura como primigenio respecto de los demás derechos para poder garantizar su ejercicio y disfrute.

En el supuesto de que se otorgue la nacionalidad española porque en el país de origen se precise la inscripción en el Registro Civil o la domiciliación, merece alguna consideración crítica. En el caso de que los padres extranjeros domiciliados en España, opten de modo voluntario por la no inscripción en un Registro consular de los nacidos en España, no debería ser causa para la atribución automática de la nacionalidad española, dado que en puridad técnica no se está produciendo una situación de apatridia. Simplemente se está bordeando la legalidad con resultados altamente positivos. Y de nuevo habría que traer a colación, que los nacidos en territorio español solamente necesitan un año de residencia en España para adquirir la nacionalidad por residencia (aunque ésta sería derivativa).

Por otro lado, y respecto al apartado d) del art. 17, en el que se desarrolla el carácter protector de la infancia, había que ponerlo en relación con el último inciso del art. 9.6 del Código civil donde se disponía que “será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en el territorio español”. En esta redacción se potenciaba la nacionalidad como conexión operativa y, se concretaba una política legislativa que asumía la protección integral de la infancia, atribuyendo la nacionalidad a los menores cuyo origen no se pudiera determinar. En la actualidad la conexión de la nacionalidad se utiliza como conexión subsidiaria a la de la residencia habitual, establecida en la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015 de protección de la infancia, del art. 9.4 del Código civil dedicado a la determinación de la filiación y, también en el art. 9.6 que utiliza la técnica legislativa de “incorporación por referencia” del Convenio de la Haya 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.

III. La opción a la nacionalidad española

1. Concepto y evolución del sistema de opción

La opción a la nacionalidad española se ha configurado tradicionalmente en nuestro sistema jurídico, como un derecho que ostentan las personas al reunir unos índices de conexión relevantes para el disfrute de la ciudadanía. Este derecho se introduce por primera vez, en la redacción original del Código Civil, como un complemento al sistema de atribución. En efecto, a los nacidos en nuestro territorio de padres extranjeros se les atribuía la nacionalidad española originaria, si los padres manifestaban ante los funcionarios

competentes su deseo de optar a la ciudadanía, renunciando a cualquier otra nacionalidad que les pudiera corresponder.

En la reforma de 1954 se conservó el derecho de opción de los nacidos en España de padres extranjeros y se incorporó una nueva causa de opción, para “los nacidos fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles”. De esta manera el legislador dotó a los criterios de *ius soli* e *ius sanguinis* de toda su dimensión operativa, si no se configuraban en los términos previstos en el artículo 17, se suplía con la manifestación de voluntad de los interesados.

En 1982 todos estos criterios desaparecen y, son sustituidos por nuevos criterios al establecer “los extranjeros que, en supuestos distintos de los previstos en los artículos anteriores, que queden sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español pueden optar por la nacionalidad española”. En su día, la extensión del derecho de opción a la nacionalidad para los tutelados pareció excesiva básicamente por dos razones: en primer lugar, porque la tutela en dicho momento, no establecía un vínculo tan fuerte como para otorgar un derecho de opción y, en segundo lugar, porque las causas que fundamentaban la prórroga de la patria potestad o la constitución de una tutela para los incapaces mayores, impedían que el sujeto pudiera realizar la opción deseada, en atención a su falta de discernimiento.

En la actualidad, la normativa permite a los padres, al tutor o representante legal del optante el ejercicio de este derecho, por lo que las críticas decaen, al configurarse este derecho para las personas más necesitadas.

El sistema vigente de opción amplía los supuestos de opción a la nacionalidad, que abordaremos atendiendo a si se opta a una nacionalidad originaria o derivativa.

2. Los supuestos de opción en el sistema jurídico

a. La opción por la nacionalidad española originaria

En el Derecho español, se atribuye la nacionalidad por esta vía en cuatro supuestos, pero tan sólo en el primero y segundo se adquiriría la nacionalidad originaria: (a) cuando la determinación del nacimiento o de la filiación se produzca con posterioridad a los dieciocho años de edad; (b) en el supuesto de la adopción de un mayor de edad; (c) a las personas que están o han estado sujetos a la patria potestad de un español; y (d) el derecho se confiere por ser hijo de padre o madre que hubiese sido originariamente español y nacido en España.

Por tanto, sólo adquirirían la nacionalidad originaria los comprendidos en el párrafo segundo de los arts. 17 y 19; los contemplados en el supuesto introducido por la Ley de

Memoria Histórica en 2007 y, los de origen sefardí. Por lo que respecta a aquellos que descubran con posterioridad a los dieciocho años de edad la filiación o el nacimiento en España, tienen un plazo para optar de dos años, del mismo modo que los adoptados mayores de edad. No obstante, conforme al art. 20. 1. b) Código Civil en la redacción introducida por la Ley 36/2002 de 8 de octubre, si los padres fueran originariamente españoles y nacidos en España, el plazo para el derecho de opción no tendría ningún límite temporal. Parece claro el objetivo de política legislativa, en estos supuestos. Se compatibiliza el principio de unidad jurídica de la familia, pero al mismo tiempo si una persona ha venido disfrutando de otra nacionalidad durante ese plazo de tiempo, parece razonable que se le permita cambiar de nacionalidad si ese es su deseo. No obstante, preocupa que además de exigir que los padres hubieran sido originariamente españoles hubieran nacido también en España.

En cuanto al primer supuesto, está pensado para los extranjeros mayores de dieciocho años que habiendo interpuesto una acción de reclamación de la paternidad respecto de un español, una vez declarada la filiación, pueden optar por la nueva nacionalidad. Y respecto de la opción con base en el nacimiento, se concretaría en aquellos casos en los que el sujeto consigue probar su nacimiento en territorio español con posterioridad a los dieciocho años de edad.

Por su parte, la adopción de un mayor de edad obedece a circunstancias excepcionales, por cuanto el adoptado suele haber convivido con los adoptantes durante un largo período de tiempo y el índice que se selecciona para la adquisición de la nacionalidad originaria es la integración social y familiar de la persona.

Por otro lado, en cuanto a los sujetos a la patria potestad de un español, hay que subrayar que se adquiriría la nacionalidad española derivativa, y si en estos casos el interés de política legislativa es la protección de la familia de un español, resulta discriminatorio con respecto a los otros supuestos (primer y tercer supuesto), porque tanto en la adopción como en el supuesto de que la filiación o el nacimiento se determine con posterioridad a los dieciocho años de edad, no se exige que el adoptante/s o los padres sean nacionales originarios. En este sentido, sería necesario abordar una reforma urgente, para evitar la quiebra del principio de igualdad consagrado constitucionalmente que impide cualquier tipo de trato discriminatorio en función del origen, nacimiento, etc.

Por último, también se plantea la opción a la nacionalidad española de origen para los descendientes de la emigración española, según estableció la Disposición Adicional Séptima de la denominada Ley para la Memoria Histórica (Ley 52/2007 de 26 de diciembre), que

confirió este derecho (opción a la nacionalidad originaria) a los hijos de españoles originarios y también a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio, fórmula ésta bastante criticada por los problemas de prueba que puede llegar a plantear esta circunstancia. El plazo establecido para ejercer el derecho de opción se estableció en dos años con la posible prórroga de un año. Y, finalmente la Ley 20/2011 de Registro Civil introdujo una nueva previsión en su Disposición final sexta, la posibilidad de optar a los nietos de exiliadas españolas (aunque la citada Ley tenía una *vacatio legis* de tres años, esta Disposición entró en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE).

b. Los efectos de la determinación del nacimiento después de los dieciocho años sobre la nacionalidad española

En este apartado resulta requisito imprescindible que la determinación del nacimiento y la filiación a la que se refiere el apartado segundo del artículo 17 se interprete de acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo de 1991. Dicha Instrucción hacía referencia a dos aspectos básicos, esto es, en primer lugar, que los hechos que dan pie a la opción a la nacionalidad española, resulten descubiertos de nuevo y, en segundo lugar, que tal descubrimiento se produzca después de que la persona haya cumplido los dieciocho años de edad. Obviamente si al sujeto ya se le había atribuido la nacionalidad española por cualquiera de las otras vías previstas en el artículo 17, no procedería acudir a la opción del apartado segundo, a no ser para otorgar una mayor seguridad del estado ya que se ostenta, es decir como mecanismo para consolidar la prueba del estado civil.

La determinación del estado civil tiene por objeto restablecer a su titular en el disfrute de unos derechos que no pudo ver realizados dado que no se pudo concretar el hecho generador. En este sentido, el Código Civil dispone que la determinación legal de la filiación “tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario”. Por tanto, el derecho a la nacionalidad no es incompatible con la retroactividad y los efectos en base a la opción serían *ex tunc*. Al mayor de edad se le garantiza el derecho a optar a la nacionalidad española originaria con efectos retroactivos una vez que se determina el nacimiento en España o, que alguno de sus progenitores es español, pero no se le atribuye automáticamente la ciudadanía. Parece lógico otorgar a los mayores de edad un margen de autonomía que les permita seguir disfrutando

de su ciudadanía anterior o, configurar un vínculo más fuerte con la nación española si ese es su deseo.

i. El adoptado mayor de dieciocho años de edad

El artículo 19.2 del Código Civil establece que “si el adoptado es mayor de dieciocho años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción”. Y se introduce un párrafo tercero, por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que dispone que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad, ésta será reconocida también en España”.

El adoptado menor de edad (apartado primero del artículo 19) adquiere desde la adopción la nacionalidad española originaria y, al mayor de edad se le confiere un derecho de opción a una ciudadanía originaria. Sobre este aspecto hay que realizar las siguientes consideraciones: En primer lugar, la constitución de las adopciones se rige por la Ley 54/2007 que ha resultado modificada en diversos aspectos por la Ley 26/2015. Una vez que los adoptantes han sido declarados idóneos por la entidad pública competente se puede proceder a constituir la adopción por parte de una autoridad extranjera, el Cónsul (en determinados supuestos) o, el Juez español.

En definitiva, al constituir una adopción respecto de un mayor de edad extranjero, se consagra un sistema de opción a la nacionalidad española originaria en el plazo de dos años desde la constitución y, se preceptúa que la extinción de la adopción (art. 180. 3 del Código Civil) no conlleva la pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquirida, estableciéndose una nueva fórmula de consolidación de la nacionalidad por esta vía.

ii. El supuesto de los que hayan estado sujetos a la patria potestad de un español

En el artículo 20 del Código civil se engloban supuestos de naturaleza diferente, como es el caso del sometido a la patria potestad o a la tutela de un español y, el de los descendientes de españoles originarios. Si analizamos su evolución legislativa, observamos como el derecho de opción se introdujo expresamente en la Ley 51/1982, el art. 19 disponía que “los extranjeros que, en supuestos distintos de los previstos en los artículos anteriores, queden sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español pueden optar por la nacionalidad

española: 1. Desde que cumplan los catorce años, asistidos por su representante legal. 2. Por sí solos, dentro de los dos años siguientes a la emancipación, a haber cumplido dieciocho años o a la recuperación de la plena capacidad”.

Posteriormente la Ley 18/1990, mantiene el supuesto del sometido a la patria potestad de un español y elimina la opción de los sujetos a la tutela de un español, por entender que no existían motivos suficientes, para la adquisición de la nacionalidad por esta vía y, si se contempla la hipótesis de integrarlos en el supuesto de adquisición por residencia en el plazo privilegiado de un año (recibiendo un tratamiento conjunto con las situaciones de guarda). También se permite que el representante legal del menor de catorce años o incapacitado pueda solicitar la opción en su nombre.

iii. Personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España

Esta causa de opción resulta bastante criticable por su posible inconstitucionalidad. El argumento se basa en que el artículo 14 de la Constitución española consagra la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por *razón de nacimiento*, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Obviamente la Constitución configura dos tipos de nacionalidades la originaria y la derivativa, pero la consideración de español de origen no puede admitir matizaciones. Por tanto, una norma de rango inferior a la Constitución no podría articular un estatuto diferencial respecto a nacionales originarios en función de su nacimiento sin oponerse al texto constitucional¹⁴.

En este sentido no se debería exigir además la circunstancia personal “del nacimiento en España” para la transmisión de derechos a sus hijos. La razón que explica este error debe buscarse en la diferencia de supuestos que trataba de regular las disposiciones transitorias en las que se contenían los derechos de opción. La Disposición transitoria segunda, se refería en primer lugar, a la madre española que, en el momento del nacimiento de su hijo, fuese española, antes de la entrada en vigor de la Ley 51/1982. En segundo lugar, también se refiere al español que adoptó a un menor en forma plena antes de que este hecho tuviese como efecto la transmisión de la nacionalidad. Por último, se refería a la segunda generación de nacidos, cuando el hecho hubiese ocurrido antes de 1954, o cuando ocurriese entre 1954 y

¹⁴ Vid. J.M. Espinar Vicente, J.M. y Guzmán Peces, M. 2017. *La nacionalidad ...*, *op. cit.*, 69-71.

1982 sin que el progenitor estuviese domiciliado en nuestro país en el momento del nacimiento.

Por el contrario, la Disposición Transitoria Tercera de la ley se refería a un fenómeno distinto, el del español originario que no gozaba de la ciudadanía española en el momento del nacimiento de su hijo (porque la había perdido). En este caso, se consideró que la nacionalidad de origen suponía un vínculo del suficiente calado como para permitir una adquisición ventajosa para el hijo de quien ostentó tal condición. Además, esta disposición preveía su ejercicio tan sólo en un plazo transitorio, posteriormente prorrogado por las reformas de 1993 y 1995 (Leyes de 15/1993, de 23 de diciembre y 29/1995, de 2 de noviembre.). De este modo se disponía que las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España tenían la posibilidad de optar a la nacionalidad española en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley, pero para el ejercicio del derecho de opción era requisito necesario que el interesado residiera en España en el momento de la opción, siendo dispensado este requisito en las condiciones previstas en el art. 26.1. a) que se refiere al caso de emigrantes o hijos de emigrantes y, en otros casos, siempre que concurren circunstancias excepcionales.

De nuevo con la Ley 36/2002 de 8 de octubre de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, se introducen nuevas previsiones en este ámbito. El objetivo de política legislativa era muy claro: la protección de los emigrantes, facilitando la conservación y transmisión de la nacionalidad española. La opción a la nacionalidad española respondía a la necesidad de orientar una política de retorno a los españoles que tuvieron emigrar a países europeos y de Latinoamérica fundamentalmente de los años cuarenta hasta finales de los setenta del siglo pasado. La Constitución española de 1978 en su art. 42 reconoce la obligación del Estado de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia el retorno. En este sentido, entre las medidas legislativas que se han adoptado se encuentra el respeto a la participación política del art. 68.5 de la propia Constitución, cuando se reconoce y garantiza el ejercicio de sufragio a los extranjeros que se encuentren fuera del territorio español y que ha sido objeto de desarrollo en la normativa electoral y, en materia de nacionalidad las leyes de 1982, 1990, 1995 y 2002 han establecido cauces dirigidos al retorno de los emigrantes españoles. También la Ley 40/2006 de 14 de diciembre del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior ha canalizado una serie de políticas de apoyo especialmente en el ámbito asistencial para la mejora de las condiciones sociales y económicas de los emigrantes.

Conforme a esta última modificación el art. 20 del Código Civil rezaría con el siguiente tenor literal:

“1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

- a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
- b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
- c) Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.”

La reforma ha sido criticada, porque si bien los hijos de emigrantes tienen la posibilidad de optar sin que exista ningún límite temporal, esta previsión no afectaría a la tercera generación de descendientes de emigrantes españoles, los nietos, que verían conforme a esta Ley como tendría que acreditar un año de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición y “buena conducta cívica” y “suficiente grado de integración en la sociedad española”. Parece entonces que el mandato constitucional del art. 42 de la CE se estaría cumpliendo de manera restrictiva, incluso hay quien ha entendido que se está produciendo un trato injusto y discriminatorio, atendiendo a los principios en presencia.

De hecho, en los últimos años, ésta ha sido una reivindicación de diferentes colectivos de nietos (especialmente de argentinos), a los que les resultaba prácticamente imposible acreditar un año de residencia legal en España, cuando su centro de vida se encontraba en sus países originarios y, deseaban por diferentes motivos ostentar la nacionalidad española. Esta cuestión no estaba exenta de algunas críticas, para algunos, los nietos representarían la tercera generación y, en estos casos no se ostentaba un derecho a obtener la nacionalidad española, menos aún cuando no existía ya ningún tipo de arraigo con la sociedad española. Finalmente, el legislador español se hizo eco de esta reivindicación y, a través de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Memoria Histórica 52/2007, se les reconoció el derecho a adquirir la nacionalidad española a los nietos de españoles que como consecuencia del exilio perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad.

iv. Supuestos contemplados en la denominada Ley de Memoria Histórica 52/2007, de 26 de diciembre

Esta ley, en la Disposición Adicional Séptima, reconoció el derecho a las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español a optar por la nacionalidad española originaria y como señalábamos anteriormente a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. Desde el inicio se planteó cierto desconcierto por parte de los solicitantes y de los Encargados de los Registros

Civiles, sobre el ejercicio y alcance de este derecho, que en gran medida vino a paliar la Instrucción de la Dirección General de los Registros del Notariado de 4 de noviembre de 2008.

Se estableció un plazo de caducidad dos años¹⁵ desde la entrada vigor de la Disposición, plazo que tuvo que ser prorrogado por las avalanchas que hubo en los Consulados españoles en estos países. Sobre este aspecto, existen tres cuestiones que también merecerían ser destacadas: en primer lugar, la falta de previsión de un número aproximado de solicitudes para garantizar una tramitación ordenada. Como consecuencia de ello, a través del Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010 se tuvo que prorrogar por un año el plazo inicialmente previsto, de manera que las solicitudes se pudieron presentar hasta el 27 de diciembre de 2011. En segundo lugar, este derecho sólo se otorgaba a aquellos descendientes que puedan probar que sus familiares emigraron a otros países como consecuencia del “exilio”, entendiéndose por tal que fueron objeto de persecución o violencia por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa, como consecuencia de la Guerra Civil española y de la Dictadura.

Respecto a la prueba, se requería la presentación de algunos de los siguientes certificados o informes: Documentación acreditativa de haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados; documentación que acredite el exilio junto a documentación que pruebe la salida de España o la entrada o permanencia estable en otro Estado. La condición de exiliado podía acreditarse mediante: Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias; certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio. Dichas certificaciones o informes deberán referirse fehacientemente a los fondos documentales o archivos históricos de la entidad. Por su parte, la expatriación, salida de España o permanencia en otro Estado podía acreditarse mediante: Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida; Certificación del Registro de Matrícula de la Embajada o Consulado español; Certificaciones del Registro Civil consular que acrediten la

¹⁵ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 25 de octubre de 2018, se señaló que el plazo de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 52/2007, es un plazo de caducidad, puesto que se produce la extinción del derecho con el transcurso del tiempo fijado. El plazo prorrogado expiró el 27 de diciembre de 2011.

residencia en el país de acogida, como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, etc.; Certificación del registro civil local del país de acogida que acreditara haber adquirido la nacionalidad de dicho país; Documentación oficial de la época del país de acogida en la que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.

No obstante, facilitó bastante el proceso el hecho de que en la tramitación de la opción se introdujera una presunción respecto de la condición de exiliado con el siguiente tenor “Se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y 31 de diciembre de 1955”.

Al margen de estas cuestiones, se constata como casi durante cuatro décadas los españoles han tenido que emigrar buscando libertad ideológica y seguridad económica fundamentalmente y, no estarían encuadrados en el ámbito de eficacia material de esta Ley, por lo que no serían receptores de los beneficios, al menos en materia de nacionalidad. Y, por último, que únicamente los beneficiarios de la Ley de Memoria Histórica pueden optar a la nacionalidad española de origen, el resto incluidos los del apartado b) del art. 20 Código Civil; los que no pudieran probar que emigraron como consecuencia del exilio y, a los que les haya caducado el plazo para acogerse a esta vía, a pesar de reunir los requisitos, optan a una nacionalidad derivativa, lo cual no deja de ser de alguna manera discriminatorio doblemente en el sentido de que hoy en día no se debería distinguir entre ciudadanos originarios y derivativos a efectos de otorgar diferentes derechos y, por otro lado, porque situaciones jurídicas equivalentes debieran recibir un trato equitativo.

Por último, señalar que la Disposición final sexta de la Ley 20/2011 de 22 de julio de Registro Civil, amplió el derecho a favor de quienes sufrieron persecución o violencia durante la guerra civil y la Dictadura, a los nietos de las exiliadas españolas que conservaron la nacionalidad tras haber contraído matrimonio con un extranjero con posterioridad al 5 de agosto de 1954, siempre que nos transmitieran la nacionalidad a sus hijos, por seguir la del padre. El plazo de formalización de la declaración de opción, sería de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley. Cabe señalar al respecto que la citada Ley no entró en vigor hasta pasados tres años (*vacatio legis*), exceptuando algunas de sus Disposiciones, en particular la sexta, por lo que a día de hoy el plazo también habría expirado.

IV. La adquisición de la nacionalidad por residencia y su tramitación

Como cuestión previa me referiré al derecho a solicitar a la nacionalidad para las personas que cumplen las exigencias de los arts. 21.2 y 22 del Código civil. Esta modalidad ha sufrido importantes transformaciones legislativas con la idea de agilizar al máximo el procedimiento y generar una mayor certidumbre respecto de su concesión. El Ministro de Justicia comprobará que se reúnen los requisitos exigidos y si la concesión no se opone al orden público o al interés nacional, se concederá mediante una resolución del Director General de los Registros y del Notariado¹⁶. A través de esta fórmula se concede la nacionalidad española a los solicitantes que hayan residido en España durante los periodos de tiempo requeridos: diez años con carácter general, cinco en el caso de los refugiados, dos para los nacionales de los países de nuestra comunidad histórica y, uno solo para quienes manifiesten otras vinculaciones relevantes con nuestro país que no tienen que ver en muchos casos con el arraigo o integración en el territorio español. Por tanto, resulta necesario configurar los plazos de permanencia requeridos (residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición) y acreditar la existencia de “buena conducta cívica”¹⁷ y “un suficiente grado de integración en la sociedad española”.

Como se desprende de las exigencias anteriores, la concesión no depende únicamente del cumplimiento de los plazos legales y de la carencia de antecedentes penales y poco más. La concesión depende de la valoración y ponderación de cada uno de los elementos. Con anterioridad a la reforma del sistema¹⁸, los dos últimos requisitos constituían auténticos “conceptos jurídicos indeterminados” cuya precisión generaba un gran halo de incertidumbre y, dejaba abonado el camino para una gran cantidad de recursos que se acumulaban por miles y ralentizaban muchísimo las concesiones¹⁹. Recordemos una vez más en este punto que existe el derecho a ostentar una nacionalidad, pero si se pretende adquirir una ciudadanía por arraigo o especial vinculación²⁰ será el Estado español el encargado de valorar si se dan los

¹⁶ A partir de la Orden del Ministerio de Justicia 696/2015, es el Director General de los Registros y del Notariado, quien resuelve la concesión por delegación del Ministro de Justicia.

¹⁷ M. Guzmán Peces. 2014: “La integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Algunas reflexiones en torno a la apreciación de las cuestiones religiosas por parte de los Tribunales”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 30, pp. 255-288.

¹⁸ *Vid.* las reflexiones vertidas al respecto en, M. Guzmán Peces. 2012: “La tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad por residencia: las reformas proyectadas en la Ley 20/2011 de Registro Civil y en los sucesivos anteproyectos”, *AEDIPR*, vol. XII, pp. 335-364.

¹⁹ Véanse el Real Decreto 1004/2015 de 6 de noviembre y las Órdenes Ministeriales del Ministerio de Justicia 629/2015 y 1625/2016 de 30 de septiembre y los requisitos que allí se exigen para la tramitación de la nacionalidad por residencia.

²⁰ *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 7ª, de 18 de diciembre de 2017, en la que se pone de manifiesto que la exigencia del grado de adaptación a nuestra sociedad, es superior si se solicita la adquisición

índices requeridos y, si la conducta del solicitante no supone una amenaza para el sistema nacional.

Si se ha residido legalmente en España, por ejemplo diez años, se deben conocer las costumbres, idioma, aspectos básicos de las instituciones y la ordenación legal de nuestro sistema y, si se manifiesta un comportamiento adecuado en el medio socio-jurídico se ostenta el derecho a solicitar la nacionalidad española, pero no significa, en principio, nada más. Pueden concurrir determinadas circunstancias en el sujeto que fundamentan la denegación, como demuestra la nutrida Jurisprudencia en este ámbito, quedando eso sí a salvo la posibilidad de recurso ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. A lo largo de estos años, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han ido perfilando los elementos constitutivos de denegación²¹ con carácter general y caso por caso.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 20/2011 de 21 de julio²² de Registro Civil, relativa a los expedientes de nacionalidad por residencia estableció que se iniciarían y, tramitarían por los órganos de la Administración General del Estado que determinara el Gobierno mediante Real Decreto. Como la citada ley, en parte, entró en vigor tres años después de su publicación, no fue hasta el año 2015 a través del Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre²³, cuando se promulgó el Reglamento regulador del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia²⁴.

El objetivo propuesto era avanzar, aún más, en la agilización del procedimiento, en previsión del aumento en el número de solicitudes. Para ello el legislador se sirve de lo preceptuado en este Reglamento y de la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma

de la nacionalidad que para residir en nuestro territorio. Se señala que a través de la concesión de la nacionalidad se pretende la total equiparación política y jurídica a los ciudadanos españoles. En este caso, se denegó la nacionalidad porque el solicitante no hablaba español y entendía con mucha dificultad.

²¹ No obstante, es de destacar que la resolución negativa basada en el informe del Centro Nacional de Inteligencia tiene presunción de veracidad (Cfr. Artículo 11. 2 del Orden del Ministerio de Justicia 1625/2016.

²² BOE núm. 175 de 21 de julio de 2011.

²³ BOE núm. 267 de 7 de noviembre de 2015.

²⁴ Con anterioridad el procedimiento se iniciaba con la presentación de la solicitud ante el Encargado del Registro Civil. Una vez presentada la solicitud, acreditando la residencia legal e ininterrumpida en España; y los denominados conceptos jurídicos indeterminados de “la buena conducta cívica” y “el suficiente grado de integración” en la sociedad española, el interesado debía comparecer ante el Encargado del Registro Civil, cuya misión principal y de máximo interés era la de escuchar personalmente al solicitante, para comprobar de primera mano el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles y, demás circunstancias que en ellos concurrían. Además, la DGRN podía recabar los informes oficiales del Ministerio del Interior que estimase convenientes, para valorar todos los extremos relativos a la conducta y situación del extranjero desde su entrada en el territorio nacional. En el caso de concesión, el solicitante en el plazo de ciento ochenta días desde la notificación, debía comparecer ante el funcionario competente para renunciar a la nacionalidad anterior (salvo en el caso de nacionales originarios de países con los que España tuviera suscrito un Convenio de doble nacionalidad), prestar la promesa o juramento exigidos y, proceder a su inscripción en el Registro.

administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Se establece un procedimiento de carácter administrativo fundamentalmente, en el que de principio a fin, la tramitación es electrónica en todas sus fases a partir del 1 de julio de 2017²⁵. En esta línea el 25 de julio de 2017 se firmó un Convenio por parte del Ministro de Justicia y la Presidenta del Consejo General de la Abogacía²⁶, para facilitar que los abogados pudieran presentar electrónicamente las solicitudes²⁷ de nacionalidad por residencia, con el objetivo de acelerar los procesos²⁸ (de media 4 años).

La solicitud se presenta por el interesado en formato electrónico y se acompaña de la documentación necesaria en cada caso, debidamente digitalizada. El expediente se instruye por la Dirección General de los Registros y del Notariado y finaliza con una Resolución por parte del Director General del citado organismo (por delegación del Ministro de Justicia) y con el acto de jura a la Constitución²⁹ y renuncia de la anterior nacionalidad. En la sustanciación del procedimiento, se sigue manteniendo la actuación consistente en recabar de oficio cuantos informes se consideren necesarios de las Administraciones Públicas competentes y, preferentemente del Ministerio del Interior y, en su caso, del Centro Nacional de Inteligencia para valorar la “buena conducta cívica”. Además, está previsto la inclusión de una serie de pruebas específicas objetivas³⁰ de dos tipos para la obtención de dos diplomas: por un lado, el relativo al conocimiento del español como lengua extranjera (DELE) y, por otro lado, el de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE). Por lo que respecta al conocimiento del idioma³¹, se exige como mínimo el diploma A2 y, están

²⁵ Conforme a la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto se estableció un período transitorio para la entrada en vigor. Hasta el 30 de junio de 2017 los interesados podían seguir presentando sus solicitudes antes el Registro Civil de su domicilio y en soporte papel.

²⁶ En la actualidad un total de treinta Colegios de Abogados, se han adherido al Convenio para la tramitación electrónica de los expedientes de nacionalidad por residencia (más de 350 expedientes tramitados hasta septiembre de 2018) <http://www.abogacia.es> (información de 9 de agosto de 2018).

²⁷ En el 2018 se puso de manifiesto el atasco en la tramitación de los expedientes, que obedece a la falta de medios humanos y materiales, fallos informáticos, etc. www.elpais.com. (Noticia de 4 de mayo de 2018).

²⁸ En la actualidad se está desarrollando por RedAbogacía una aplicación que permite la tramitación por vía electrónica de los expedientes para su posterior remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado. www.abogacia.es.

²⁹ En la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 23 de julio de 2017, se denegó la nacionalidad por falta de integración, porque el Juez constató, en el formulario de juramento y renuncia a la anterior nacionalidad, la falta de comprensión del alcance y trascendencia del acto, lo que motivó la suspensión del proceso de juramento de la Constitución.

³⁰ Las pruebas las realiza el Instituto Cervantes, que cuenta con una infraestructura por todo el mundo para asumir esta tarea, previo pago de las tasas correspondientes.

³¹ En la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 6ª, de 23 de julio de 2017, se denegó la nacionalidad por falta de integración, porque el Juez constató, en el formulario de juramento y renuncia a la anterior nacionalidad, la falta de comprensión del alcance y trascendencia del acto, lo que motivó la suspensión del proceso de juramento de la Constitución.

exentos de realizar dichas pruebas los ciudadanos procedentes de países de habla hispana. La superación de esta prueba y la de conocimientos constitucionales y socioculturales darán lugar a la obtención de un diploma que se adjuntará al expediente, evitando así los problemas que planteaba en instancia la valoración de la prueba del conocimiento del idioma y de la integración en la sociedad española³².

No cabe duda, que el procedimiento resulta mucho más objetivo y, va a suponer una reducción radical del número de recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional³³ o en última instancia ante el Tribunal Supremo, pero a nuestro juicio, se plantean algunos interrogantes en relación a algunos supuestos contemplados bajo el paraguas del artículo 22 del Código Civil. En concreto, nos estamos refiriéndonos a los supuestos de “protección familiar”³⁴ que si bien, gozan de una reducción de los plazos legales de residencia, deberán superar la realización de estas dos pruebas si desean adquirir la nacionalidad por esta vía. Aunque los exámenes no son extremadamente complejos y, se vienen desarrollando en países de nuestro entorno, no cabe duda que entrañan una dificultad mucho mayor que lo que suponía una entrevista personal con el Encargado del Registro Civil. En este sentido, cabría insistir en el planteamiento que quizás el “casado”³⁵, “viudo” “sometido a la tutela”, de un español, debería acceder a la nacionalidad española por otros

³² *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 14 de diciembre de 2017, en la que se deniega la adquisición de la nacionalidad española por residencia al considerar que el solicitante no estaba integrado en la sociedad española (art. 22.4 Código civil), dado que era polígamo. El Tribunal se pronuncia en los siguientes términos “la poligamia repugna al orden público español y, constituye un límite a la eficacia del derecho extranjero (12.3 Código civil)”. En el mismo sentido, véase la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª de 4 de febrero de 2019.

³³ *Ad. Exemplum vid.* la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 21 de diciembre de 2017, en la que se deniega la adquisición de la nacionalidad por residencia, porque en la entrevista, de un total de treinta y dos preguntas que se realizaron al recurrente, existía un gran desconocimiento de la mayoría. El solicitante llevaba doce años residiendo en España, pero desconocía la organización y funcionamiento de las instituciones básicas del Estado español, a juicio del instructor del expediente. Cabe destacar que la solicitud se presentó en enero de 2013. En sentido similar, *vid.* Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 9 de febrero de 2016; Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 24 de abril de 2017; Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 11 de octubre de 2018.

³⁴ *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, de 28 de septiembre de 2017, en la que se concede la nacionalidad a una menor nacida en España, en aplicación del criterio del “interés prioritario del menor”. En este caso, la menor se encontraba escolarizada en España, y su situación legal, al depender de sus padres marroquíes, se complicaba para seguir viviendo en España, por lo que la concesión de la nacionalidad, en este supuesto, suponía un claro beneficio para la menor.

³⁵ En relación con los matrimonios fraudulentos, *Vid.* la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006 y, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª de 14 de junio de 2017 o, la de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de 16 de noviembre de 2017, en la que se pretende la inscripción en el Registro Consular del matrimonio celebrado en la República Dominicana. Se deniega la inscripción teniendo en cuenta las contradicciones de los contrayentes en la audiencia; la falta de convivencia previa, ni residencia en común; la ausencia de contacto telefónico y telemáticos, entre otros motivos.

cauces, si verdaderamente se pretende la protección integral de la familia, como nuestra Constitución proclama en el artículo 39.

V. Reflexiones finales

El régimen jurídico de la nacionalidad en España, ha estado sujeto a continuos cambios legislativos, fundamentados por los distintos intereses de política legislativa en presencia. Algunas reformas han sido propiciadas por la necesidad de orientar políticas de retorno de los emigrantes españoles y por favorecer la adquisición de la nacionalidad española a aquellos que la perdieron y a sus familiares, o sufrieron persecución. En este último caso, los plazos de solicitud fueron tremendamente escuetos, (aún con prórrogas por la falta de previsión) teniendo en cuenta el volumen de destinatarios a los que iba dirigido y, el derecho caducó.

Otras modificaciones, se han centrado en garantizar el principio de protección integral de la familia, con mayor o menor éxito por la vía de la opción. En cuanto al sistema de opción, carece de coherencia la caducidad del plazo en algunos supuestos del art. 20 y, para aquellos cuyo “padre o madre fuera originariamente español”, resulta de difícil encaje constitucional (art. 14 Constitución española) que se les exija además que hubieran nacido en España.

Por su parte, el nuevo modelo de tramitación de la adquisición de la nacionalidad por residencia merece algunas reflexiones. En particular, está previsto que la solicitud y la documentación requerida, se presenten de modo electrónico, con el objetivo de agilizar el procedimiento de concesión, cuestión que por el momento no se ha podido solventar (de media se tardan 4 años en la concesión). Por otro lado, en los plazos previstos de residencia, los plazos de residencia, no se contempla el nuevo escenario político de integración con los países de nuestro entorno (con la excepción de los portugueses). Tampoco se han alineado los plazos de residencia en sede de extranjería con los de la adquisición de la nacionalidad. De manera que en algunos supuestos, el plazo para obtener una residencia permanente, resulta muy superior a los de adquisición de la nacionalidad española. Todo ello, ha conllevado un marco normativo sectorial que en determinados aspectos, como hemos puesto de relieve en este trabajo, ha propiciado ciertas incoherencias y disfunciones que deberían ser objeto de una revisión global, a través de una Ley especial.

Bibliografía

- ESPINAR VICENTE, J.M., “La función de la nacionalidad y la extranjería en Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XII, Iprolex, Madrid, 2012.
- ESPINAR VICENTE, J.M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Civitas; Madrid, 1994.
- ESPINAR VICENTE, J.M. y GUZMÁN PECES, M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.
- ESPLUGUES MOTA C., PALAO MORENO G. y DE LORENZO SEGRELLES, M., *Nacionalidad y Extranjería*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *El Derecho de la nacionalidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- GUZMÁN PECES, M, “La integración en la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Algunas reflexiones en torno a la apreciación de las cuestiones religiosas por parte de los Tribunales”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Núm. 30, 2014, pp. 255-288.
- GUZMÁN PECES, M, “La tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad por residencia: las reformas proyectadas en la Ley 20/2011 de Registro Civil y en los sucesivos anteproyectos”, *AEDIPR*, vol. XII, pp. 335-364.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**EL PAPEL DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL EN LA
DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD DEL INVERSOR EN EL MARCO
DE UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN**

*Tomás Mariano GUIASADO LITTERIO**

Recibido: 30.05.18
Aceptado: 07.12.18

Resumen: La mayoría de los tratados sobre protección de inversiones, cuando abordan la cuestión de la nacionalidad del inversor, remiten a la legislación interna de su Estado. Esta elección plantea un interrogante interesante que constituirá el eje central del presente estudio: si los criterios fijados por el derecho internacional general para la determinación de la nacionalidad son o no relevantes para establecer la nacionalidad del inversor en casos regidos por tratados de inversiones. Este artículo analizará la postura que ha prevalecido en los laudos de tribunales especializados en donde se ha configurado esa misma cuestión y ofrecerá una visión alternativa al respecto.

Palabras claves: Inversiones Extranjeras – Nacionalidad – CIADI – Tratados Bilaterales de Inversión – Nacionalidad de Conveniencia – Conexión Genuina

**The role of General International Law in the determination of
the investor's nationality in cases governed by investment treaties**

Abstract: Most investment protection treaties, when dealing with the matter of the investor's nationality, refer to the domestic law of his State. This choice poses an interesting question that will constitute the central axis of the present study: whether the criteria set forth by general international law for the determination of nationality are relevant to establish the investor's nationality in cases governed by investment treaties. This article will analyze the stance that has prevailed among the awards given by specialized tribunals where that question has arisen, and will offer an alternative view on the matter.

Key-Words: Foreign Investments – Nationality – ICSID – Bilateral Investment Treaties – Nationality of Convenience – Genuine Link

* Abogado (UBA) y Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA). Asesor legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. Integrante de proyectos de investigación (UBA). Ayudante de cátedra en Derecho Internacional Público (UBA).

I. Introducción

En términos generales, y sin adentrarnos en las cuestiones que van a ser desarrolladas más adelante, podemos decir que la nacionalidad es un vínculo jurídico que liga a una persona –sea física o jurídica– a un Estado, acarreado efectos jurídicos de distinto orden. La mayoría de las consecuencias de la nacionalidad son propias del derecho interno y versan sobre cuestiones tan diversas como los derechos electorales, el acceso a la seguridad social y a otras prestaciones, el derecho de permanencia en el territorio, las obligaciones tributarias, el servicio militar, etc.

Empero, la nacionalidad también es de enorme relevancia para el derecho internacional. Históricamente, el instituto de la protección diplomática impuso la necesidad de demarcar por primera vez reglas internacionales claras en materia de nacionalidad, lo que antes interesaba más bien a los ordenamientos domésticos. Sin embargo, en las últimas décadas, la cuestión de la nacionalidad ha cobrado una preponderancia aún mayor debido a la consolidación de regímenes internacionales –bilaterales y plurilaterales– de protección de inversiones extranjeras a causa del afianzamiento de los procesos regionales de integración económica y, principalmente, de la proliferación de los tratados bilaterales de inversiones (TBI). Esta tendencia, por su parte, fue sustentada por el establecimiento de sistemas de resolución de controversias ajenos a los foros estatales, cuyo principal exponente es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), constituido bajo los auspicios del Banco Mundial.

En este contexto, reviste fundamental importancia la determinación de criterios jurídicos que sirvan para precisar cuándo un inversor podrá valerse de su extranjería para resultar titular de las protecciones que el ordenamiento internacional le otorgue. Asimismo, qué nacionalidad ostenta en particular también resultará esencial para desentrañar su situación jurídica, puesto que la heterogeneidad que caracteriza al derecho internacional de las inversiones extranjeras (DIIE)¹ importa que de ello dependerá si el inversor tendrá acceso al CIADI para resolver su disputa, si se encuentra protegido por uno u otro TBI, o por un tratado plurilateral, o si no cuenta con mayores garantías que

¹ Pese a que no existe un consenso unánime acerca de la autonomía del DIIE como disciplina, se utilizará esta expresión entendiendo que el DIIE “consiste de capas de derecho internacional general, de estándares generales de derecho internacional económico, y de reglas distintivas particulares de su ámbito” (DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 3.).

aquellas proporcionadas por el derecho internacional general (DIG), entre otras cuestiones. A tales efectos, cabe recordar que el DIG está integrado por las dos fuentes de derecho internacional de aplicación uniforme para toda la comunidad internacional (la costumbre internacional general y los principios generales de derecho)² y es el ordenamiento que rige, por lo tanto, la vida internacional de todos los Estados³.

Por supuesto, a lo largo de este trabajo se tendrá por descontado que cada tratado sobre protección de inversiones contiene regulaciones específicas y que pueden diferir entre sí sustancialmente. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la mayoría de los tratados sobre protección de inversiones, cuando abordan la cuestión de la nacionalidad del inversor, remiten a la legislación interna de su Estado. Esta elección plantea un interrogante interesante que constituirá el eje central del presente estudio: si los criterios fijados por el DIG para la determinación de la nacionalidad son o no relevantes para establecer la nacionalidad del inversor en casos regidos por tratados de inversiones. Este artículo analizará la postura que ha prevalecido en los laudos de tribunales especializados en donde se ha configurado esa misma cuestión y ofrecerá una visión alternativa al respecto.

II. Relevancia de la nacionalidad para el DIIE

En líneas generales, puede decirse que el DIIE requiere normalmente, en términos de nacionalidad, el cumplimiento de dos requisitos para que el inversor (o su Estado de nacionalidad) pueda reclamar internacionalmente contra el Estado receptor de la inversión por la violación de un estándar de protección: 1) que el inversor porte la nacionalidad de un Estado para el cual el Estado receptor tenga la obligación de respetar el estándar violado y 2) que no porte la nacionalidad de ese mismo Estado receptor⁴. En otras palabras, deben verificarse simultáneamente una condición positiva (que el inversor tenga determinada nacionalidad) y otra negativa (que no tenga otra determinada nacionalidad).

En un primer análisis, dejando de lado todo marco convencional, puede analizarse el funcionamiento de la nacionalidad de acuerdo con los principios generales del derecho

² Otras fuentes de derecho internacional (tales como los tratados o los actos unilaterales de los Estados) requieren el consentimiento específico del Estado obligado. En cambio, la costumbre internacional y los principios generales de derecho vinculan a todos los Estados de forma automática.

³ TLADI, Dire, *Second report on jus cogens* (A/CN.4/706), United Nations Publications, Ginebra, 2017, pp. 19-31.

⁴ DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, p. 48.

internacional. En estos casos, el inversor no tendrá *ius standi* para realizar un reclamo internacional y será el Estado de su nacionalidad, siguiendo el razonamiento jurídico hoy conocido como la fórmula Mavrommatis⁵, quien deberá incoar un reclamo contra el Estado receptor de la inversión por el daño hecho al primero en la persona de su nacional⁶. Ante la ausencia de protecciones convencionales para las inversiones, no existe en este caso un resguardo mayor que el estándar mínimo internacional de trato debido a extranjeros⁷. Sólo en el supuesto de vulneración de este relativamente laxo umbral podría el Estado de la nacionalidad del inversor reclamar contra el Estado receptor, ya sea mediante negociaciones diplomáticas u otras vías de resolución de controversias. En estos casos, la costumbre internacional reflejada en el Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) indica que el Estado de la nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática contra el Estado responsable siempre que el nacional (en este caso, el inversor) haya tenido la nacionalidad del primero continuamente desde el momento del daño hasta el momento de la presentación del reclamo, y siempre que no ostente también la nacionalidad del segundo Estado⁸.

Distinta sería la cuestión si los dos Estados estuvieran vinculados por un tratado de protección de inversiones, por ejemplo, un TBI, que disponga que el inversor puede acceder por sí mismo a una instancia arbitral para reclamarle al Estado receptor la violación de una obligación de trato que asumió convencionalmente. En estos casos, si el inversor tiene la nacionalidad de uno de los Estados Partes del tratado, podrá valerse de ella para instituir un procedimiento arbitral (o de otra índole) contra el Estado receptor frente a la instancia prevista en el tratado, como un tribunal ad-hoc (generalmente bajo las reglas CNUDMI⁹), o uno constituido bajo los auspicios de un centro arbitral como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, la Corte

⁵ CPJI, Caso sobre las Concesiones Palestinas de Mavrommatis (Grecia c. Reino Unido), sentencia de fondo, Serie A- N° 2, 30 de agosto de 1924, p. 12.

⁶ DOUGLAS, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 11-14.

⁷ DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, p. 7.

⁸ *Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática*, texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58° período de sesiones, en 2006, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión que cubre su tarea (A/61/10), Arts. 3 a 5, 9 y 10.

⁹ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado en su última revisión por la Resol. AGNU 68/109, de fecha 16 de diciembre de 2013.

Permanente de Arbitraje o, más frecuentemente, el CIADI¹⁰. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la posibilidad del inversor de realizar el reclamo correspondiente ante los propios tribunales del Estado infractor. No obstante, debe destacarse que para que el reclamo del inversor sea admisible ante el CIADI, tanto el Estado de la nacionalidad del inversor como el Estado receptor de la inversión debieron haber sido partes del Convenio del CIADI al momento de la ocurrencia del hecho dañoso y de la presentación del reclamo¹¹ (con excepción de la posibilidad de llevar el caso al Mecanismo Complementario del CIADI, en cuyo caso no serán aplicables las disposiciones de la Convención¹²).

Por consiguiente, la nacionalidad del inversor, como factor determinante del marco jurídico aplicable al caso, será relevante tanto desde el punto de vista sustantivo (pues de ello dependerá, en definitiva, qué derechos positivos le asisten frente al Estado receptor) como del procesal (toda vez que condicionará el *ius standi* del Estado, o en su caso, del propio inversor, para realizar el reclamo). De ahí la importancia fundamental que reviste el tópico de la nacionalidad del inversor en el DIIE.

III. La determinación de la nacionalidad en el DIG

La nacionalidad consiste en el vínculo entre Estados y personas naturales o jurídicas y es regulada por el derecho interno del Estado que la concede¹³. En rigor de verdad, en el derecho internacional también existen vínculos de nacionalidad entre Estados y objetos distintos de personas, como los buques¹⁴, las aeronaves¹⁵, y las naves espaciales¹⁶. Sin embargo, en el DIIE, donde la nacionalidad se estudia desde la óptica del inversor, sólo

¹⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries”, *Yearbook of the International Law Commission* (2006), Vol. II, Nueva York, United Nations Publications, 2006, Part Two, pp. 89 y 90.

¹¹ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965, Art. 25.

¹² *Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI*, adoptado por el Consejo Administrativo del Centro el 27 de septiembre de 1978, con sus últimas modificaciones entradas en vigor el 26 de abril de 2006, Arts. 2 y 3.

¹³ TREVISANUT, Seline, “Nationality cases before international courts and tribunals”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e853?rskey=KA3dRp&result=6&prd=EPIL> (última consulta efectuada el 22/12/2017).

¹⁴ *Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, adoptada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, Art. 21.

¹⁵ *Convenio sobre Aviación Civil Internacional*, adoptado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, Art. 17.

¹⁶ COGLIATI-BANTZ, Vincent P., *Means of Transportation and Registration of Nationality*, Abingdon, Routledge, 2015, 32-36.

resulta relevante el análisis de quienes pueden ser eventualmente catalogados como inversores: las personas físicas y las jurídicas.

1. La determinación de la nacionalidad de las personas físicas en el DIG

Desde antaño el derecho internacional ha reconocido a los Estados la facultad de delinear libremente los criterios para otorgar la nacionalidad. En 1905, OPPENHEIM escribía que “no depende del derecho internacional sino del interno determinar quién puede o no ser considerado un súbdito”¹⁷. Así, si bien los modos de adquirir la nacionalidad estipulados por los derechos internos generalmente se repiten (siendo los más usuales el principio de *ius solis*, el de *ius sanguinis* y la naturalización), quedaría totalmente dentro de la discrecionalidad del Estado establecer cuándo una persona física adquiere o pierde la nacionalidad¹⁸.

Sin embargo, ya desde principios del siglo XX se empezó a hacer evidente que dicho poder discrecional de los Estados no podía ser absoluto. En su opinión consultiva de 1924 sobre los “Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos”, la Corte Permanente de Justicia Internacional manifestó que, si bien “la nacionalidad no está, en principio, regulada por el derecho internacional, el derecho del Estado de emplear su discrecionalidad está de todas formas restringido por obligaciones que pudo haber asumido ante otros Estados”¹⁹. En este caso, el Tribunal se estaba refiriendo a los límites que los tratados pudiesen establecer sobre la prerrogativa estatal, por lo que parecería que el DIG seguía sin circunscribir de modo alguno la soberana voluntad del Estado en esta materia. En realidad, este pronunciamiento no estaba diciendo nada novedoso, pues la Corte estaba aplicando implícitamente la doctrina del caso “S.S. Wimbledon”. Según dicho *holding*, la asunción de un compromiso por parte de un Estado a través de un tratado que “abroge” su soberanía no es más que el ejercicio por parte de ese Estado del derecho a celebrar tratados, lo que es en sí un atributo de la soberanía²⁰.

¹⁷ OPPENHEIM, Lassa L. F., *International Law: A Treatise*, Vol. I “Peace”, Nueva York, Longmans, Green and Co., 1905, p. 345. Cabe aclarar que, debido a la época de la redacción de la obra, el término “súbdito” es empleado para referirse a lo que hoy en día se denomina “nacional”.

¹⁸ OPPENHEIM, *opus cit.*, pp. 352-360.

¹⁹ CPJI, Opinión Consultiva N.º 4 (Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos), Serie B – N.º 4, 7 de febrero de 1923, p. 24.

²⁰ CPJI, Caso del SS. “Wimbledon” (Reino Unido, Francia, Italia y Japón c. Alemania), sentencia de fondo, Serie A – N.º 1, 17 de agosto de 1923, pp. 24-25.

No obstante, en el año 1930 se celebró en La Haya una conferencia sobre codificación del derecho internacional²¹, organizada bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, que introduciría al DIG en la cuestión. En la convención sobre temas de nacionalidad que fue adoptada en esa conferencia, se estipuló en el Art. 1º lo siguiente: “Depende de cada Estado bajo su propia ley determinar quiénes son sus nacionales. Esta ley será reconocida por otros Estados en tanto sea consistente con las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos con respecto a la nacionalidad”²². Aquí se hizo evidente por primera vez que los Estados entendían que el DIG podía establecer límites al poder estatal de otorgar la nacionalidad. No obstante, la convención no especificaba ni sugería cuáles podían ser estos límites, por lo que la cuestión quedaba, por el momento, encerrada en lo hipotético.

El verdadero punto de inflexión llegó con el célebre fallo “Nottebohm”, dictado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el año 1955. En su *dictum*, el Tribunal destacó que, si bien la cuestión de la nacionalidad corresponde en principio a la esfera interna del Estado, cuando éste ejerce la protección diplomática respecto de un nacional frente a otro Estado, pasa a actuar en la esfera internacional y debe existir, por lo tanto, una obligación por parte del segundo Estado de reconocer el efecto de esa nacionalidad²³. Esta obligación existiría, solamente, cuando haya una “conexión genuina” entre el Estado y el individuo. La Corte sostuvo, en particular, lo siguiente: “la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene como base el hecho social de pertenencia, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, unidos con la existencia de deberes y derechos recíprocos”. Un Estado sólo puede ejercer la protección diplomática respecto de un nacional cuando la nacionalidad en cuestión “constituya una traducción a términos jurídicos de la conexión del individuo con el Estado que lo ha hecho su nacional”²⁴. Entonces quedó precisado cuál era el límite que el DIG imponía a la amplia competencia de la que los Estados gozan para otorgar la nacionalidad. Desde que este fallo fue

²¹ MILLER, Hunter, “The Hague Codification Conference” en *The American Journal of International Law*, Vol. 24, N.º 4, Washington, American Society of International Law, 1930, pp. 674-693.

²² Convenio concerniente a determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes de nacionalidad, adoptado en La Haya el 12 de abril de 1930.

²³ CIJ, Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), sentencia de fondo, Reportes CIJ 1955, 6 de abril de 1955, pp. 21-23.

²⁴ *Ibid.*, p. 23.

publicado, la jurisprudencia y la doctrina que lo sucedieron enarbolaron su *holding* como un baluarte de derecho positivo²⁵.

Por último, debe traerse a colación el anteriormente mencionado Proyecto de Artículos de la CDI sobre Protección Diplomática, adoptado en 2006. Según el Art. 4 del Proyecto, “se entiende por Estado de la nacionalidad un Estado cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona, de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la naturalización, la sucesión de Estados o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el derecho internacional”²⁶. El comentario oficial aclara que el artículo mantiene la firmemente arraigada regla según la cual el propio Estado determina el criterio para otorgar la nacionalidad, a la vez que ilustra dicha idea enumerando los modos más comunes de adquisición de nacionalidad utilizados en los ordenamientos internos. Por último, se deja a salvo la reserva de que el derecho internacional impone restricciones a esta discrecionalidad, sin mencionarlas²⁷. Al respecto, la CDI optó por relativizar la opinión de la CIJ en el fallo “Nottebohm”, destacando que en dicho caso en concreto el vínculo que unía a Nottebohm con Liechtenstein era “extremadamente tenue” en comparación con el vínculo que tenía con Guatemala, que era mucho más fuerte. En este sentido, la CDI entiende que estas circunstancias especiales son las que excluirían la posibilidad de que Liechtenstein ejerza la protección diplomática contra Guatemala, pero que no puede derivarse de ello que la “conexión genuina” sea un requisito general para todos los casos²⁸.

No obstante dicha aclaración, no debe soslayarse que la CDI reafirmó que la idea de que el vínculo genuino es una figura relevante para la determinación de la nacionalidad a nivel internacional, aunque con un alcance restringido a casos en donde la conexión

²⁵ SLOANE, Robert D., “Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality” en *Harvard International Law Review*, Vol. 50, N.º 1, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 3.

²⁶ *Proyecto de Artículos sobre la Protección...*, *doc. cit.*

²⁷ No puede dejar de mencionarse que el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos dio mayor contenido a las restricciones que el DIG impone a la discrecionalidad estatal para conceder la nacionalidad, aunque no guarde especial relevancia para el DIIE. En particular, se ha impuesto a los Estados el deber de no privar a las personas de su nacionalidad arbitrariamente (Resol. 32/5 “Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad”, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016). Podría considerarse también, aunque sin un consenso sólido, que los Estados tienen en general la obligación de garantizar el derecho humano a la nacionalidad de los niños que nazcan en su territorio, cuando de otro modo quedarían en situación de apatridia.

²⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries”, *opus cit.*, pp. 31-33.

con el Estado de la nacionalidad sea significativamente menos sólida que aquella con el otro Estado.

El Proyecto de Artículos vuelve a traer a colación la idea del vínculo genuino en el Art. 7 cuando dispone que, en caso de doble nacionalidad, un Estado de su nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática contra el otro Estado de su nacionalidad, a menos que el vínculo de nacionalidad con el primero sea “predominante” tanto en la fecha de comisión del daño como en la del reclamo. En los comentarios, la CDI destaca que antes de “Nottebohm”, no era permisible que se pudiese ejercer la protección diplomática contra otro Estado del cual la víctima era nacional²⁹. En un laudo de la Comisión de Conciliación Ítalo Estadounidense seguido por tribunales y juristas posteriores³⁰, se sostuvo que “el principio, basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye a la protección diplomática en casos de doble nacionalidad, debe ceder ante el principio de nacionalidad efectiva cuando esa nacionalidad sea la del Estado reclamante. Pero no debe ceder cuando esa predominancia no sea probada, porque el primero de estos dos principios es generalmente reconocido y puede constituir un criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier incertidumbre posible”³¹. La CDI resalta que los términos “dominante”, “predominante” y “efectivo” son utilizados con idéntico sentido y, por supuesto, aluden a la misma noción de vínculo genuino que el de la doctrina “Nottebohm”³².

2. La determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas en el DIG

La existencia de las personas físicas es un hecho de la naturaleza, reconocido por el derecho. En cambio, en el caso de las personas jurídicas, su misma existencia es una construcción del derecho interno del Estado de su nacionalidad, por lo que el ordenamiento doméstico se erige con aún mayor preeminencia que en el caso de las personas físicas.

Dado que las personas jurídicas son ficciones generadas en el ámbito del derecho interno estatal, las habrá de toda clase, y su estructura, composición y capacidad variará de Estado a Estado. Sin embargo, al DIIE le interesará un tipo de personas jurídicas en

²⁹ Ibid., p. 44.

³⁰ Ibid., pp. 45-46.

³¹ CCIE, Caso “Strunsky Mergé”, decisión N.º 55, 10 de junio de 1955, p. 13.

³² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries”, opus cit., p. 46.

particular: las únicas que pueden ser, en principio, propiamente “inversores”³³. Se trata de aquellas que tienen fin de lucro, responsabilidad limitada y su capital es divisible en acciones (o su equivalente), y suelen ser denominadas “corporations” o “companies” en inglés y “sociedades comerciales”, o simplemente “sociedades”, en español. La noción de ganancias se encuentra intrínseca al concepto de inversión³⁴, por lo que no es concebible, salvo raras excepciones, que una entidad sin fines de lucro pueda ser un inversor.

El precedente paradigmático de la CIJ en materia de nacionalidad de sociedades es, sin dudas, el caso “Barcelona Traction”³⁵. En su decisión, la Corte sostuvo que, al asociar una sociedad a un Estado, debe recurrirse por analogía, con un alcance limitado, a las reglas que rigen la nacionalidad de los individuos. Luego, aclaró que “la regla tradicional atribuye el derecho de protección diplomática de una entidad corporativa al Estado bajo cuyas leyes ésta se haya constituido y donde tenga su domicilio social”, dejando sentados esos dos requisitos. A mayor abundamiento, explicó que el requisito de “conexión genuina” del caso “Nottebohm” no era aplicable a sociedades debido a que, en el caso de las personas jurídicas, ningún criterio había logrado aceptación general³⁶.

Sin embargo, más adelante creyó oportuno destacar la existencia de una “conexión cercana y permanente” entre la firma Barcelona Traction y Canadá, justificada por una serie de circunstancias (que tenía allí sus registros de acciones y cuentas, que allí celebraba sus asambleas de accionistas, etc.)³⁷. La CDI, en el comentario oficial a su Proyecto sobre Protección Diplomática, se planteó el interrogante de qué habría decidido la Corte en el caso de que esta “conexión cercana y permanente” hubiese sido con un Estado distinto de aquél de constitución y domicilio social. Es por esta razón que redactó el Art. 9 del Proyecto de forma que preste una solución a tales situaciones³⁸.

Según el mentado Art. 9, respecto de las sociedades “se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó dicha sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros

³³ DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, p. 46.

³⁴ *Ibid.*, pp. 60-62.

³⁵ CIJ, Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), sentencia de fondo, Reportes CIJ 1970, 5 de febrero de 1970.

³⁶ *Ibid.*, párr. 70.

³⁷ *Ídem.*

³⁸ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries”, *opus cit.*, pp. 52-54.

Estados, no desarrolle negocios de importancia en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad”. Ante todo, cabe aclarar que la CDI considera que el requisito del domicilio social se encuentra subsumido en el requisito del lugar de constitución, debido a que el primero es generalmente tenido como una condición para el segundo, razón por la cual se lo ha omitido³⁹. Por otra parte, la principal innovación de este artículo es proveer una solución adecuada para el caso excepcional en que la sociedad haya sido constituida en un Estado, pero “no haya otro vínculo o conexión significativo entre el Estado de constitución y la propia sociedad, y cuando ciertas conexiones significativas existiesen con otro Estado, en cuyo caso ese otro Estado ha de ser considerado como Estado de nacionalidad”, debido a la “tenue conexión” existente con el primero⁴⁰. Para que se produzca esta excepción que permita que el Estado de nacionalidad sea uno distinto del de constitución, deben darse acumulativamente las tres condiciones enumeradas precedentemente⁴¹.

3. Conclusiones respecto de la determinación de la nacionalidad en el DIG

En síntesis: en su Proyecto sobre Protección Diplomática, la CDI llegó al entendimiento de que derecho internacional vigente privilegia la remisión al derecho interno para la identificación de la nacionalidad tanto de personas físicas como jurídicas, pero en ambos casos prevé excepciones para casos en que la conexión con el Estado correspondiente sea tan tenue que sería a todas luces injusto dejar que ésta se imponga por sobre otro vínculo mucho más sólido y consolidado.

En efecto, mantiene que, en determinadas situaciones, la ausencia de una “conexión genuina” (para los individuos) o una “conexión cercana y permanente” (para las sociedades) puede redundar en que otros Estados no tengan obligación alguna de reconocer o asignarle efectos jurídicos a aquella relación de nacionalidad. En términos más llanos, la nacionalidad podrá seguir siendo válida a los efectos del derecho interno de ese Estado, pero será *inoponible* al resto de la Comunidad Internacional por la ausencia de lo que podría llamarse genéricamente una “conexión real” entre la persona física o jurídica y el Estado de su nacionalidad formal.

³⁹ Ibid., p. 53.

⁴⁰ Ibid., p. 54.

⁴¹ Ibid., p. 55.

IV. La determinación de la nacionalidad en la jurisprudencia de los tribunales del CIADI

Como se subrayó con anterioridad, la principal diferencia entre los casos en los que existe y en los que no un tratado de protección de inversiones aplicable es que en los primeros no será necesario que el Estado ejerza la protección diplomática por la presunta violación de los derechos de su nacional, sino que el inversor podrá realizar directamente un reclamo contra el Estado infractor ante una instancia internacional⁴². De hecho, el Convenio del CIADI prescribe en su Art. 27 que, cuando exista el consentimiento del inversor y del Estado receptor de la inversión para llevar la disputa a arbitraje, el Estado de la nacionalidad del inversor se abstendrá de ejercer la protección diplomática respecto de él. Esta solución fue adoptada en pos de la practicidad⁴³, concentrando en el inversor el control funcional sobre un conflicto que le concierne más directamente a él que a su Estado y evitando que el diferendo escale innecesariamente al nivel de una controversia diplomática.

El Art. 25 del Convenio del CIADI es la cláusula que regula la jurisdicción de los tribunales constituidos bajo los auspicios del centro arbitral. Su párrafo segundo contiene definiciones sobre qué ha de entenderse por nacionales, y dispone de dos párrafos donde divide las definiciones según se trate de personas físicas o jurídicas. En ninguno de los dos casos se especifica cuál debe ser el vínculo entre un Estado y el inversor para que éste sea considerado nacional, lo cual queda librado a la regulación de los TBI, pero sí establece algunas cuestiones de importancia. Respecto de los individuos, requiere que el inversor tenga a la fecha de la formación del consentimiento para someter la controversia a arbitraje y a la fecha de presentación de la solicitud, la nacionalidad de un Estado Parte del convenio, pero “en ningún caso” podrá tener también la nacionalidad del Estado demandado. Con respecto a las sociedades, se necesita que el inversor tenga a la fecha de la formación del consentimiento para someter la controversia a arbitraje la nacionalidad de un Estado Parte distinto del demandado. Excepcionalmente, se permite que las sociedades que hayan tenido a esa fecha la nacionalidad del Estado demandante sean tenidas como extranjeras si las partes acordaron atribuirle tal carácter en virtud de estar sometidas a control extranjero.

⁴² DOUGLAS, *opus cit.*, p. 17.

⁴³ DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, pp. 211-213.

La mayoría de los TBI contienen cláusulas sobre nacionalidad que distinguen entre personas físicas y jurídicas⁴⁴, lo que ha derivado en que la jurisprudencia les haya dado un tratamiento diferenciado a ambas. A continuación, se analizará por separado la forma en que los tribunales especializados han resuelto la identificación de la nacionalidad del inversor en el caso de que éste sea un individuo, y en el caso de que sea una sociedad.

1. La determinación de la nacionalidad de individuos en la jurisprudencia de los tribunales del CIADI

En el caso de las personas físicas, la práctica más común consiste en que los TBI se limiten a remitir expresamente al derecho interno del Estado cuya nacionalidad el inversor invoca⁴⁵. Al respecto, SCHREUER ha destacado que “en general los tribunales de inversiones no se han conmovido por argumentos basados en la ausencia de una conexión genuina. Lo que importaba era la definición de nacionalidad del TBI, y esa definición invariablemente apuntó a la ley del país cuya nacionalidad se invocaba”⁴⁶. Al señalar que los tribunales no han aplicado la doctrina de la nacionalidad efectiva tampoco en casos de doble nacionalidad, SCHREUER llegó a la conclusión de que “parece que, al menos en cuanto a lo que a los arbitrajes bajo TBI concierne, *Nottebohm* ha sido dejado de lado y la doctrina de la conexión genuina no se impondrá sobre las disposiciones convencionales que definan a la nacionalidad en términos de la legislación sobre nacionalidad de los países involucrados”⁴⁷.

Efectivamente, la jurisprudencia de los tribunales constituidos en el ámbito del CIADI confirma lo sostenido por el jurista. Particularmente contundente fue el tribunal del caso “Siag y Vecchi c. Egipto”, que sostuvo que “el TBI contiene una definición clara de nacionalidad [...] Aunque se podría sostener que si este fuera un caso de protección diplomática se podría alegar de otra manera, las partes han consentido a que su disputa se resuelva de acuerdo al Convenio del CIADI [...] Los desarrollos en el derecho internacional relativos a la nacionalidad de individuos en el campo de la protección diplomática que incluyan, por ejemplo, mayor flexibilidad en el requisito para el vínculo

⁴⁴ SCHREUER, Christoph, “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests” en *ICSID Review*, Vol. 24, N.º 2, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 521.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ibid., p. 522.

⁴⁷ Ídem.

de nacionalidad, aunque sean de interés, deben ceder ante el régimen específico del Convenio del CIADI y las disposiciones del TBI⁴⁸.

En oposición, el tribunal de un caso anterior, “Feldman Karpa c. México”, había decidido en 2000 que la doctrina Nottebohm no era aplicable al caso debido a las circunstancias fácticas, pero tampoco había descartado de plano que pudiese ser relevante en casos de DIIE⁴⁹. No obstante, la posición sustentada en el caso “Siag y Vecchi c. Egipto” se impuso en las disputas que lo sucedieron. El tribunal del caso “Micula c. Rumania” adhirió a los fundamentos de este último laudo, entendiendo que “el régimen establecido bajo el Artículo 25 del Convenio del CIADI no deja lugar para un examen de nacionalidad dominante y efectiva”, agregando que “no parece que ningún tribunal del CIADI haya nunca decidido lo contrario”⁵⁰.

En cuanto a supuestos de doble nacionalidad, puede citarse el caso “Champion Trading Company c. Egipto”. En este caso, dos demandantes eran personas físicas que habían nacido y vivido toda su vida en los Estados Unidos, pero que eran hijos de un padre egipcio. Debido a que la ley de Egipto considera automáticamente nacionales a todos los hijos de egipcios nacidos en el exterior, los demandantes tenían técnicamente doble nacionalidad. Haciendo referencia a la ampliamente aceptada doctrina de la nacionalidad dominante en casos de binacionalidad, los peticionantes solicitaban ser tenidos por estadounidenses, señalando que no tenían ningún vínculo real con Egipto. En su laudo, el tribunal tuvo en consideración lo resuelto en 1984 por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ante un reclamo de un doble nacional iraní estadounidense, en el sentido de que “Nottebohm” “demostró la aceptación y aprobación de la Corte Internacional de Justicia de la búsqueda por la nacionalidad real y efectiva basada en los hechos del caso, en lugar de un método que dependa de criterios formalistas”⁵¹. No obstante, los árbitros del CIADI se permitieron señalar que “el Artículo 25 (2)(a) del Convenio contiene un regla clara y específica relativa a los dobles nacionales”, que es que éstos “están excluidos de invocar la protección de acuerdo con

⁴⁸ “Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto”, Caso CIADI N.º ARB/05/15, decisión sobre jurisdicción, 11 de abril de 2007.

⁴⁹ “Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos”, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/1, decisión interina sobre cuestiones preliminares de jurisdicción, 6 de diciembre de 2000.

⁵⁰ “Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania”, Caso CIADI N.º ARB/05/20, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, p. 33.

⁵¹ TRIEU, Caso relativo a cuestión de jurisdicción sobre reclamaciones de personas con doble nacionalidad, decisión A/18, 6 de abril de 1984.

el Convenio contra el Estado receptor de la inversión del cual también son nacionales”⁵², y laudaron en ese sentido.

De lo expuesto anteriormente cabe concluir, sin temor a duda, que los tribunales especializados del CIADI mantienen un firme y pacífico criterio según el cual la doctrina “Nottebohm” no es aplicable en los casos en que el TBI remite al derecho interno del Estado sin hacer mayor salvedad que ello, a los fines de identificar la nacionalidad del inversor. Por otra parte, han entendido que la prohibición de entablar el reclamo por parte de un binacional contra un Estado de su nacionalidad, contenida en el Art. 25 del Convenio del CIADI, también excluye la aplicación de la teoría de la “conexión genuina”.

Por último, cabe destacar que algunos TBI disponen que los residentes permanentes de un Estado serán considerados sus nacionales a los efectos del tratado⁵³. Esta equiparación no es más que una ficción jurídica que de ninguna manera pretende subsumir el instituto de residencia permanente dentro del de nacionalidad. Por supuesto, estas cláusulas son plenamente válidas, aunque no debe confundirse esta asimilación ficticia con los conceptos desarrollados anteriormente.

2. La determinación de la nacionalidad de sociedades en la jurisprudencia de los tribunales del CIADI

En el caso de las sociedades, la práctica más usual es que los TBI fijen como criterio para la nacionalidad el lugar de constitución, o sea, el Estado con arreglo a cuyas leyes la sociedad fue constituida⁵⁴. Sin embargo, algunos tratados optan por un enfoque menos formalista y requieren en cambio la existencia de un lazo económico sustancial entre la sociedad y el Estado, demostrado por factores tales como el control efectivo de la sociedad por nacionales del Estado, o la existencia de una actividad económica genuina en el territorio del Estado. Otros tratados emplean como requisitos acumulativos o alternativos el de lugar de constitución y el del lazo económico sustantivo⁵⁵. La amplia gama de posibilidades importa que este tema es más complejo para analizar, pero no debe perderse de vista que lo más común es que los tratados se limiten a referirse al lugar de constitución de la sociedad sin aclaraciones adicionales.

⁵² “Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. c. República Árabe de Egipto”, Caso CIADI N.º ARB/02/9, decisión sobre jurisdicción, 21 de octubre de 2003, p. 15-16.

⁵³ DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, p. 46.

⁵⁴ SCHREUER, *opus cit.*, pp. 522-523.

⁵⁵ Ídem.

Mientras más formalista sea un tratado en cuanto a los requisitos para la determinación de la nacionalidad, más sencillo será para un inversor ejecutar un proyecto sobre la base de una “planificación de nacionalidad”, o sea, constituir una sociedad en un determinado Estado con el objeto de invertir en un segundo Estado, habiendo estudiado con anterioridad que entre estos dos Estados rige un TBI que le asegurará determinados beneficios que de otra forma no gozaría⁵⁶. En estos casos, se estaría utilizando una sociedad “fantasma” como vehículo para realizar la inversión desde una posición privilegiada, incurriendo en lo que se ha denominado “*treaty shopping*”⁵⁷.

El *treaty shopping* es considerado por algunos como una estrategia legítima para la adquisición de beneficios mediante la planificación de nacionalidad, mientras que es tenido por otros como una maniobra fraudulenta para apropiarse de ventajas concebidas para nacionales genuinos⁵⁸. En la jurisprudencia de los tribunales especializados en materia de inversiones, la práctica del *treaty shopping* es, en general, consentida —cuando no explícitamente alentada—⁵⁹. Las repercusiones de esta tendencia se verifican en los comportamientos de los grupos empresariales que, movidos por los incentivos creados por esta línea jurisprudencial, circunnavegan la ausencia de TBI mediante la constitución de entidades subsidiarias en terceros Estados con el sólo fin de valerse de estos instrumentos⁶⁰.

El laudo dictado en el caso “Tokios Tokelès c. Ucrania”, de 2004, es paradigmático. En dicho caso, la firma demandante estaba constituida con arreglo a las leyes de Lituania, pero el 99% de su cartera accionaria pertenecía a nacionales ucranianos. Ucrania alegaba que se trataba de inversores ucranianos demandando a su propio gobierno ante una instancia internacional diseñada para proteger a inversores extranjeros, y que no llevaban adelante ninguna actividad económicamente significativa en Lituania⁶¹. El tribunal desechó estos argumentos considerándolos irrelevantes, entendiendo en cambio que “de acuerdo con las disposiciones del TBI entre Ucrania y Lituania [...] la única consideración

⁵⁶ Ibid., pp. 523-524.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ NIKIEMA, Suzy H., “Best Practices: Definition of Investor” en *Best Practices Series*, marzo de 2012, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2012, p. 5.

⁵⁹ Ibid., pp. 525.

⁶⁰ WISNER, Robert y GALLUS, Nick, “Nationality Requirements in Investor-State Arbitration” en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, N° 6, Brill, Leiden, 2004, p. 944.

⁶¹ “Tokios Tokelès c. Ucrania”, Caso CIADI N.º ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004, pp. 8-9

relevante es si la Demandante ha sido constituida bajo las leyes de Lituania”⁶². Empleando un razonamiento que será analizado más adelante, el árbitro WEIL emitió su voto disidencia denunciando la ausencia de un carácter genuinamente extranjero de la sociedad. Lamentablemente, y pese a ocupar la presidencia del tribunal, no logró convencer a sus colegas de su criterio.

Por otra parte, en el caso “Saluka c. República Checa” se planteó una situación similar ante un tribunal instituido bajo las Reglas CNUDMI. En concreto, el grupo japonés Nomura había constituido una sociedad en el Reino Unido, enteramente bajo su control, llamada “Nomura Europa”, para operar en ese continente. Saluka era una sociedad constituida por Nomura Europa en los Países Bajos con el sólo objeto de conservar las acciones de IPB (un banco checo) mientras Nomura Europa finalizaba el proceso de adquirirlas. La República Checa aducía que Saluka no era más que una sociedad fantasma empleada por un grupo empresarial japonés para sus propios fines, y que como tal no podía valerse de un TBI celebrado entre los Países Bajos y Chequia. En su laudo, de 2006, el tribunal admitió tener “cierta comprensión respecto del argumento de que una compañía que no tiene conexión real con un Estado Parte de un TBI, y que es en realidad una mera sociedad fantasma controlada por otra sociedad que no está constituida de acuerdo a las leyes de ese Estado, no debe tener derecho a invocar las disposiciones de dicho tratado. Tal posibilidad se presta a abusos del procedimiento arbitral y a prácticas de ‘treaty shopping’”. No obstante, el tribunal terminó concluyendo que el “factor predominante” que debe guiar el ejercicio de sus funciones son los términos del tratado, por lo que no se apartó de la letra de la disposición que consideraba nacional a cualquier sociedad constituida bajo las leyes de ese Estado⁶³.

Otro caso en donde los hechos eran parecidos a los descritos anteriormente es “ADC c. Hungría”. En este asunto, las firmas “ADC AL” y “ADC & ADMC ML” eran dos sociedades constituidas en Chipre, pero controladas enteramente por capital canadiense, que buscaban valerse de un TBI celebrado entre Chipre y Hungría. El gobierno húngaro sostuvo que las dos firmas demandantes eran sociedades fantasmas detrás de las cuales se escondían inversores canadienses, y que correspondía que el tribunal “perfore el velo societario” para exponerlos. La ausencia de una conexión

⁶² Ibid, p. 16.

⁶³ “Saluka Investments BV c. República Checa”, Reglas CNUDMI (1976), laudo parcial, 17 de marzo de 2006, pp. 46-50.

genuina entre las sociedades y Chipre impedía considerarlas sociedades chipriotas. No obstante, el tribunal mantuvo que “en tanto el asunto de la nacionalidad está resuelto de forma inequívoca por el Convenio y el TBI, no hay margen para considerar principios de nacionalidad del derecho consuetudinario”⁶⁴.

El caso “Rompetrol c. Rumania” guarda gran similitud con “Tokios Tokelès”. Según Rumania, un nacional rumano era propietario del 99% de la firma demandante, que no era más que una sociedad fantasma constituida en los Países Bajos con el objeto de incurrir en la práctica de “forum shopping”, cuando la controversia debía naturalmente sustanciarse ante los propios tribunales rumanos. El tribunal de “Rompetrol”, como el de “Tokios Tokelès”, sin adentrarse en los desacuerdos sobre los hechos, manifestó que el texto del TBI disponía claramente que la nacionalidad se regiría por el lugar de constitución de la sociedad y que “no hay excepción en el Convenio del CIADI que se refiera a casos en que se sostenga que la ‘nacionalidad real y efectiva’ de una entidad jurídica es la del Estado Demandado”⁶⁵.

A mayor abundamiento, no se puede dejar de mencionar el laudo dictado en el caso “Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos”. En esta causa, el demandante era un individuo que no pudo hacer valer un TBI entre Italia y los EAU debido a que no ostentaba la nacionalidad italiana en el momento adecuado para que el caso recayera bajo la competencia del tribunal. En un *obiter dictum* con la apariencia de reproche, el tribunal le hizo notar al demandante que “si hubiese entablado un contrato con los Emiratos Árabes Unidos a través de una sociedad vehículo constituida en Italia, en lugar de contratar en su capacidad personal, no habría surgido ningún problema de jurisdicción”.

Por último, cabe citar el reciente y muy resonante caso “Yukos c. Rusia”, bajo el cual se agruparon tres procedimientos promovidos contra la Federación Rusa por sociedades accionistas de la compañía OAO Yukos Oil Company en virtud del Tratado de la Carta de Energía. Estas sociedades se encontraban constituidas en Chipre y en la Isla de Man, pero estaban, según lo argumentado por Rusia, “totalmente controladas por oligarcas rusos a través de múltiples sociedades fantasmas off-shore” y no contaban con “actividad comercial sustancial en sus países de constitución”⁶⁶, lo que no fue negado por

⁶⁴ “ADC Affiliate Limited y ADC ADMC Management Limited c. Hungría”, Caso CIADI N.º ARB/03/16, laudo, 27 de septiembre de 2006.

⁶⁵ “Rompetrol Group NV c. Rumania”, Caso CIADI N.º ARB/06/3, decisión sobre objeciones preliminares relativas a jurisdicción y admisibilidad, 18 de abril de 2008, pp. 19-22

⁶⁶ “Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa”, Reglas CNUDMI, laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad, 30 de noviembre de 2009, pp. 28-29.

las actoras. El tribunal, constituido bajo los auspicios de la Corte Permanente de Arbitraje, alegó no conocer “ningún principio general de derecho que le requiera investigar cómo una compañía u otra organización opera cuando el tratado aplicable simplemente requiere que esté constituida de conformidad con las leyes de una Parte Contratante”⁶⁷. En su decisión sobre el fondo del asunto, el tribunal terminaría condenando a la Federación Rusa a abonar una indemnización consistente en la exorbitante suma de 50.000 millones de dólares⁶⁸.

Como se evidencia claramente en los laudos reseñados, existe una línea jurisprudencial sólidamente consolidada en el sentido de que los tribunales no deben apartarse de la letra del TBI para adentrarse en las implicancias de la ausencia de una conexión económicamente significativa entre un Estado y una sociedad de su nacionalidad. En efecto, el empleo de sociedades fantasmas es, cuanto menos, tolerado (como en los casos “Saluka” y “Yukos”), cuando no abiertamente incentivado (como en el caso “Soufraki”). Curiosamente, el tribunal del caso “Saluka”, que fue el único que expresó reservas respecto del uso de sociedades vehículos con miras a ejercer el llamado “treaty shopping”, fue también uno de los pocos que no había sido constituido bajo los auspicios del CIADI. Los tribunales de aquél centro arbitral, en cambio, se mostraron mucho más abiertos a que los inversores hagan uso de esa práctica para valerse de TBI que de otra forma les estarían vedados.

V. La problemática del criterio seguido por los tribunales del CIADI

Tal como se describió anteriormente, los tribunales especializados en materia de inversiones se han aferrado a un criterio estrictamente formalista al momento de determinar la nacionalidad del inversor. A diferencia de las tendencias imperantes en el derecho internacional general, se ha optado por ignorar los factores reales que materializan lo que históricamente se ha entendido como un vínculo de nacionalidad entre una persona y un Estado, privilegiando lazos superficiales y aparentes deliberadamente planificados para obtener ventajas determinadas, justificándose en una interpretación literal y restrictiva de las disposiciones de los TBI. En este epígrafe y en el

⁶⁷ Ibid., p. 152.

⁶⁸ “Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. Federación Rusa”, Reglas CNUDMI, laudo final, 18 de julio de 2014, pp. 578.

siguiente, se argumentará que esta visión formalista de la nacionalidad es, por un lado, indeseable, y por el otro, jurídicamente impropia.

La constitución de una sociedad fantasma en un Estado determinado con el objeto de obtener los beneficios de un TBI, así como la adopción por parte de un individuo de la nacionalidad de un Estado con el que no tiene nada en común, con los mismos fines, parten la misma idea: la nacionalidad de conveniencia. Esta noción ha sido derivada del concepto de “pabellón de conveniencia” del derecho internacional del mar, usado para referirse peyorativamente a embarcaciones que enarbolan la bandera de un Estado con el que no tienen ninguna conexión real, pero que resultan atractivos por la laxa o nula supervisión regulatoria que ejercen sobre el buque. La oposición generalizada a los pabellones de conveniencia creció hasta que la Convención de Montego Bay terminó prohibiéndolos definitivamente, disponiendo en su Art. 91 que “ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque”⁶⁹.

Según CASAS, para que exista una nacionalidad de conveniencia hacen falta dos condiciones: “primero, que haya solamente una mínima, a veces meramente formal conexión entre la persona y el Estado de nacionalidad, y segundo, que uno de los motivos primarios para adquirir dicha nacionalidad sea obtener acceso a foros internacionales”. El término “nacionalidad de conveniencia” abarca tanto a las personas físicas que incurrir en esta práctica, como a las llamadas sociedades fantasmas⁷⁰. La adquisición de una nacionalidad de conveniencia es normalmente una de las vías por las cuales se canaliza la práctica del *treaty shopping*.

En un informe publicado por el *International Institute for Sustainable Development*, se han distinguido dos efectos negativos del *treaty shopping* sobre el Estado receptor de la inversión. Por un lado, el universo de potenciales inversores protegidos se abre a una variedad de sujetos que no estaban originalmente previstos como destinatarios. Aún siendo el TBI bilateral, inversores de prácticamente cualquier nacionalidad del mundo podrán aprovechar sus beneficios mediante la adquisición de una nacionalidad de conveniencia. Por otra parte, existe el riesgo de la proliferación de intermediarios protegidos por una única inversión. Abrirles la puerta a sociedades fantasmas puede implicar recibir múltiples reclamos de parte de firmas controlantes y controladas,

⁶⁹ CASAS MARTÍNEZ, Manuel, “Nationalities of convenience, personal jurisdiction, and access to investor-State dispute settlement” en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, N.º 1, Nueva York, New York University Press, 2016, pp. 65-66.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 66.

entidades subsidiarias, accionistas mayoritarios y minoritarios, etc. cuando existe en realidad un único inversor “final”⁷¹.

Quizás la principal razón por la que la práctica de *treaty shopping* es dañina para el arbitraje de inversiones es que, en muchos casos, importa una absoluta desnaturalización de sus instituciones y objetivos. Casos como “Tokios Tokelès” son claros ejemplos de este fenómeno: permitir que un nacional recurra a la ficción de constituir una sociedad en otra jurisdicción, para luego utilizarla como vehículo para invertir en su propio país bajo un régimen privilegiado, es un uso totalmente impropio de una instancia internacional concebida para proteger a inversores extranjeros.

Una inversión extranjera es una operación financiera de alto riesgo cuya característica principal es la inyección de cantidades sustanciosas de capital en la economía de otro Estado. A través del TBI, el Estado atrae estos flujos de capital que estimulan sus mercados internos mediante la garantía de que mantendrá un *statu quo* propicio para minimizar los riesgos asumidos por el inversor. La condición de extranjero del inversor es aquello que hace que éste busque refugio en la estabilidad jurídica ofrecida por los TBI. De hecho, todo el DIIE está pensado en torno a la situación de especial vulnerabilidad de quien vuelca su capital en tierras foráneas sólo para darse cuenta de que quizás, cuando todavía no haya visto los frutos de su erogación, un nuevo gobierno deshonor los compromisos asumidos por el anterior y confisque la rentabilidad del emprendimiento⁷². Cuando un inversor local recurre al artilugio de constituir una sociedad en el extranjero y desviar la ruta de los fondos por su intermedio, no sólo se está poniendo en una posición anticompetitiva respecto de otros inversores nacionales, sino que está accediendo a beneficios diagramados para sujetos en condiciones muy diferentes.

Por otra parte, en los casos en que la nacionalidad “genuina” o “real” del inversor no es la del Estado receptor de la inversión, sino la de un tercer Estado, las nacionalidades de conveniencia también son nocivas para el DIIE. Cuando un Estado asumió determinados compromisos frente a otro respecto de sus inversores, lo hace precisamente porque pretende otorgarles protecciones extraordinarias a inversores provenientes de ese Estado en particular. Un tratado bilateral de protección de inversiones no es más que una especie de un género más amplio de acuerdos de cooperación económica entre Estados, que puede incluir otros tipos de tratados tales

⁷¹ NIKIÈMA, *opus cit.*, pp. 5-6.

⁷² DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, pp. 3-7.

como de preferencias arancelarias, protección de propiedad industrial, eliminación de doble imposición, etc. Los tratados bilaterales de cooperación económica en general están diseñados para integrar las economías de dos Estados que pretenden promover el flujo de capitales entre sí, y pueden estar motivados por cuestiones de orden diplomático o político, que generalmente se dan en el trasfondo de relaciones de amistad entre dos naciones. De hecho, las referencias a “fortalecer los lazos de amistad” entre los dos Estados Partes son muy frecuentes en los preámbulos de los TBI⁷³.

Según explica SINCLAIR, “al celebrar tratados de inversiones los Estados generalmente actúan con base en un deseo de crear condiciones favorables para mejorar la cooperación económica entre los Estados Partes con la mutua esperanza de que esto incrementará su prosperidad. Estos objetivos podrían sugerir la necesidad de un vínculo de cierta sustancia entre un inversor y su Estado ‘de origen’, de cuyo tratado de inversiones pretende obtener protección”⁷⁴. En efecto, los TBI, en tanto tratados bilaterales de cooperación entre dos Estados que buscan profundizar sus vinculaciones económicas, son celebrados con miras a regir las relaciones de ese orden entre esos dos Estados en particular. Permitir que un elemento “extraño”, como lo es una persona física o jurídica sin ninguna conexión económica con el Estado cuya nacionalidad formalmente ha adoptado, importa una total desnaturalización del TBI.

El fenómeno de las nacionalidades de conveniencia, junto con su tolerancia en la jurisprudencia especializada, consiente el sinsentido de que un inversor local (o de un origen distinto de la contraparte en el TBI) reciba el trato de un inversor extranjero con solo realizar una operación tan simple como lo es, a veces, gastar 100 dólares en registrar una sociedad fantasma en otra jurisdicción⁷⁵. Sin embargo, no hace falta quedarse en la descripción de lo poco favorables que son las nacionalidades de conveniencia para la consolidación de un DIIE serio y consistente con los cometidos que le dieron origen. Existen argumentos jurídicos sólidos y basados en derecho positivo para extender los criterios imperantes en el DIG al DIIE, que serán analizados en el próximo acápite.

⁷³ Ver, por ejemplo, el modelo de TBI de los Países Bajos (2009), el TBI entre la Argentina y Venezuela (Caracas, 1993), el TBI entre Argentina y México (México DF, 1996), y el modelo de TBI de Austria (2008).

⁷⁴ SINCLAIR, Anthony C., “Nationality Requirements for investors in ICSID arbitration: the award in *Soufraki vs. The United Arab Emirates*” en *International Oil, Gas & Energy Dispute Management*, OGEL 4, Voorburg, 2004. Disponible en www.ogel.org/article.asp?key=1556 (última consulta efectuada el 30/12/2017).

⁷⁵ Idem.

VI. Razones jurídicas para extender la doctrina de la conexión real al DIIE

Como se analizó previamente, el DIG deja librado al arbitrio de los Estados la facultad de asignarle su nacionalidad a las personas. No obstante, se establece que debe existir una conexión real entre el Estado y esa persona para que el vínculo de nacionalidad sea oponible a terceros Estados, que se ha denominado “conexión genuina” para los individuos y “conexión cercana y permanente” para las sociedades. Sin embargo, los tribunales han trazado una diferenciación entre el régimen vigente en el DIG y el vigente en el DIIE, excluyendo las reglas anteriormente descriptas cuando el tratado no las mencione expresamente.

La fragmentación sustantiva del derecho internacional es un fenómeno conocido, cuya característica principal es la aparición de regímenes especializados (*lex specialis*) que, por su nivel de especificidad, desarrollan sus propias reglas, principios e instituciones, que se diferencian del derecho general (*lex generalis*). Ello está, por supuesto, permitido, y de hecho existen actualmente muchos casos de *leges speciales* entre los cuales el DIIE es un ejemplo. Sin embargo, los regímenes especiales no son totalmente impermeables al derecho general. La CDI ha identificado dos supuestos en que la *lex generalis* penetra a la *lex specialis*: en caso de un intersticio en su regulación de la materia que deba ser llenado, y en caso de que la solución propuesta por el régimen especial “fracase”, o sea, que no pueda apropiadamente encarar los propósitos para los cuales fue establecido⁷⁶. El segundo supuesto parece exagerado respecto del tema que nos convoca, pero el primero, teniendo en cuenta el silencio de la generalidad de los TBI respecto del requisito de la conexión real, parecería aplicarse al caso.

Es propicio aprovechar esta oportunidad para destacar que es justamente este silencio el que posibilita realizar el análisis desarrollado a continuación. Como es sabido, el derecho internacional está integrado casi en su totalidad por normas de *ius dispositivum*, o sea que pueden ser modificadas por la voluntad de los Estados. Si el tratado dispensara en su texto la necesidad de una conexión real, la discusión allí acabaría y no habría nada más que decir al respecto. Ni el más ferviente defensor de la doctrina de la conexión real se atrevería a sostener que ésta tiene carácter de *ius cogens*. Por lo tanto, gracias a la falta de mención de dicha doctrina en los textos convencionales resulta posible aplicarla a los TBI por las razones expuestas en los siguientes acápite.

⁷⁶ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2006), Vol. II, Parte II, United Nations Publications, Ginebra, 2006, pp. 196-197.

1. Las reglas de interpretación de tratados dispuestas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁷⁷ (CVDT)

Los TBI, como cualquier tratado, están sujetos a las reglas de interpretación de tratados que fueron plasmadas en la CVDT, en particular en los Arts. 31 a 33. Ello está incontrovertiblemente reconocido en la jurisprudencia de los tribunales del CIADI⁷⁸. Lo que más nos interesará será el Art. 31, titulado “Regla general de interpretación”. Cabe aquí hacer una digresión para señalar que, desde la adopción de la CVDT hasta hoy, existe un amplio y arraigado consenso entre los Estados y los tribunales de que el Art. 31 es declaratorio de la costumbre internacional⁷⁹, y por lo tanto aplicable a todos los Estados, incluso a aquellos pocos que no han adherido a la CVDT.

La mentada regla general para la interpretación de los tratados es enunciada de la siguiente manera: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El tercer párrafo del artículo dispone que “juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: [...] c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

a. El objeto y fin de los tratados.

En primer lugar, nos referiremos al objeto y fin del tratado, que según el Art. 31 ha de ser tenido como un factor crucial para la interpretación. El objeto y fin refiere a “los objetivos del tratado, su naturaleza y su propósito” y tradicionalmente se lo busca en el preámbulo⁸⁰. Los preámbulos de los TBI dejan en evidencia que los objetivos que los Estados tienen en mente al celebrarlos es cooperar a nivel económico para promover el desarrollo mutuo en un marco de profundización de las relaciones de amistad entre ambas naciones. Una típica cláusula presente en el TBI modelo de los Estados Unidos y replicada con redacción casi idéntica en prácticamente todos los TBI es la siguiente: “Deseando promover una mayor cooperación económica entre [las Partes]...”. Como puede apreciarse, los TBI son tratados de cooperación económica entre dos Estados, y

⁷⁷ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969.

⁷⁸ DOLZER y SCHREUER, *opus cit.*, pp. 31-34.

⁷⁹ VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Leiden, Brill, 2009, pp. 439-440.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 427-428.

no resulta cuestionable que esa misma cooperación económica es el elemento sustancial más importante del tratado.

Las nacionalidades de conveniencia, en tanto se utilizan para enmascarar la desconexión total entre una persona y un Estado del cual formalmente es nacional, atentan a todas luces contra el objeto y fin del tratado. Como se puso de relieve en acápites anteriores, esta situación es particularmente grosera cuando inversores que tienen su origen en un Estado adoptan una nacionalidad de conveniencia para valerse de un TBI y demandar a su propio gobierno ante una instancia internacional. Estos casos importan una desnaturalización inaceptable del TBI, que muy lejos de proteger inversores extranjeros, termina protegiendo inversores locales, o en otros supuestos, inversores que provienen de un tercer país totalmente ajeno a los dos Estados que concluyeron el acuerdo bilateral. En cualquiera de los dos supuestos, la cooperación económica entre ambos Estados, que es la esencia misma y la razón de ser del tratado, se encuentra completamente ausente.

Un punto similar puede plantearse respecto de la propia Convención del CIADI. El árbitro WEIL, en su voto disidente en el caso “Tokios Tokelès”, puso precisamente este aspecto del asunto en juego. Luego de recordar que “el mecanismo de arbitraje del CIADI está dirigido a disputas sobre inversiones *internacionales*, es decir, disputas entre Estados e inversores *extranjeros*”⁸¹, WEIL señaló que permitir la aplicación del procedimiento a “inversiones hechas en un Estado por sus propios ciudadanos con capital doméstico a través de una entidad extranjera (...) corre contra el objeto y fin de todo el sistema del CIADI”⁸², destinado a “inversiones genuinamente internacionales”⁸³. A mayor abundamiento, sostuvo que “el objeto y fin de la Convención del CIADI no es –y su efecto, por lo tanto, no debería ser– otorgarles a las sociedades nacionales los medios para evadir la jurisdicción de sus tribunales nacionales”⁸⁴.

Debe concluirse que una interpretación coherente con el objeto y fin tanto de un TBI cualquiera como de la propia Convención del CIADI debe dar por sentado que cuando los Estados se remitieron al derecho interno de cada uno a los efectos de determinar la nacionalidad, suponían la existencia de una conexión real entre Estado y

⁸¹ Opinión disidente del Presidente Prosper WEIL en “Tokios Tokelès c. Ucrania”, *doc. cit.*, pp. 2-3

⁸² *Ibid.*, p.11.

⁸³ *Ibid.*, p. 14.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 15.

nacional. Sin esta realidad tangible vinculándolos, no habría cooperación económica alguna entre ambos Estados, tan solo una fachada insustentable en hechos genuinos.

b. La buena fe

Recordamos que según el Art. 31 de la CVDT, los tratados deben interpretarse de buena fe, dispuesta como “el centro de aplicación de la Regla General”. Además de estar sólidamente adosada a los cimientos de la costumbre internacional, es un “principio general de derecho” en los términos del Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁸⁵. Este principio “requiere que las partes de un tratado actúen con honestidad, rectitud y razonabilidad, y se abstengan de aprovechar ventajas indebidas”⁸⁶.

No debe pensarse que los derechos y obligaciones de los inversores, al no ser partes del TBI, no deben interpretarse también conforme la buena fe. Dicha regla rige para la interpretación de todas las disposiciones del tratado, tanto las que regulan los correlativos derechos y obligaciones de las partes, como las que conceden derechos a terceros. Que la buena fe se aplica también a los inversores ha sido incluso reconocido por varios tribunales constituidos en el marco del CIADI⁸⁷.

En lo que a nosotros particularmente nos ocupa, cabe destacar que el principio de buena fe, según VILLIGER, “previene una interpretación excesivamente literal al requerir consideración del contexto y de otros métodos de interpretación. En particular, la buena fe implica considerar el objeto y fin del tratado”⁸⁸.

Nuevamente, al analizar el estándar de conducta que requiere el principio de buena fe, no puede ignorarse que no es compatible con las nacionalidades de conveniencia. En efecto, recurrir a la fachada de una nacionalidad sin conexión real demuestra una actitud deshonesto tendiente a obtener una posición jurídica privilegiada, lo que no se corresponde con el patrón pretendido por la mentada regla interpretativa. Por otra parte, tal como resalta VILLIGER, la buena fe impide el apego irrazonable a la literalidad del texto. Justamente, la referencia automática a la letra del tratado es el principal argumento esbozado por los tribunales especializados en inversiones a la hora de desechar la doctrina

⁸⁵ *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, anexo a la *Carta de las Naciones Unidas*, adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

⁸⁶ VILLIGER, *opus cit.*, p. 425.

⁸⁷ Al respecto, ver: “Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador”, Caso CIADI N.º ARB/03/26, laudo, 2 de agosto de 2006; “Azurix Corp. c. República Argentina”, Caso CIADI N.º ARB/01/12, laudo, 23 de junio de 2006; “Adriano Gardella SpA. c. Costa de Marfil”, Caso CIADI N.º ARB/74/1, laudo, 23 de agosto de 1977.

⁸⁸ VILLIGER, *opus cit.*, p. 426.

de la conexión real. Este textualismo irreflexivo infringe los postulados interpretativos derivados del principio de la buena fe.

Por último, debe tenerse en cuenta que el objeto y fin del tratado, el cual fue analizado con anterioridad, también influye en la determinación de cómo adecuar la conducta al estándar de la buena fe. En este caso, la marcada discrepancia entre las nacionalidades de conveniencia y el objeto y fin de los TBI contribuyen a solidificar la tesis de que la práctica de hacerse con una nacionalidad de conveniencia no puede ser considerada consistente con un obrar en buena fe.

En síntesis, la incidencia del principio de buena fe determina que la doctrina de la conexión real resulta aplicable a los TBI por tres razones distintas: 1) porque la procuración de una nacionalidad de conveniencia es un obrar deshonesto con miras a obtener una ventaja indebida; 2) porque la remisión automática e irreflexiva al derecho interno del Estado implica una interpretación excesivamente literal; y 3) porque las nacionalidades de conveniencia no se corresponden con el objeto y fin de los TBI.

c. La interpretación sistemática de los tratados

Como se mencionó previamente, el Art. 31, Párr. 3, Inc. c), de la CVDI indica que habrá de tenerse en cuenta toda norma de derecho internacional aplicable a las partes. En otras palabras, los tratados deben ser interpretados “contra todo el trasfondo del derecho internacional”. Siguiendo a VILLIGER, es importante señalar que “se presume que, al asumir obligaciones convencionales, las partes no tuvieron la intención de actuar de forma inconsistente con otras obligaciones anteriores”⁸⁹.

El informe de la CDI sobre fragmentación del derecho internacional echa luces adicionales al tema. En aquel reporte, se manifiesta que el mencionado inciso se corresponde con la idea de “integración sistémica”, según la cual los tratados, independientemente de la materia que constituya su objeto, son creación del sistema jurídico internacional, y su funcionamiento se basa en ese hecho”. La integración sistemática implica, por ejemplo, que “las partes se remiten al derecho internacional consuetudinario y a los principios generales del derecho en relación con todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa”. Asimismo, se especifica que estas dos fuentes que componen el DIG cobran especial relevancia cuando “los términos

⁸⁹ Ibid., pp. 422-423.

empleados en el tratado tienen un significado reconocido en el derecho internacional consuetudinario o de conformidad con los principios generales del derecho”⁹⁰.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, es permisible extraer determinadas conclusiones. La noción de nacionalidad no es exclusiva del DIIE, sino que es transversal a todo el ordenamiento internacional. En consecuencia, la nacionalidad como instituto jurídico tiene un sentido reconocido en el DIG, y esta *lex generalis* le imprime ciertas características, entre las cuales se encuentra el requisito de la conexión real. Dado que esta doctrina forma parte del DIG, es, en principio, vinculante para todos los Estados. Por supuesto, dos Estados podrían excluir dicha norma de sus relaciones bilaterales, pero dicha substracción no puede nunca presumirse.

Las reglas de la integración sistémica de los tratados al derecho internacional indican que los tratados se encuentran integrados al sistema jurídico internacional, lo que a su vez implica que este sistema los penetra y complementa. Así como sus postulados generales están destinados a completar cualquier laguna que pueda presentarse en un tratado, no cabe presumir que los Estados eligieron apartarse de las directrices generales que rigen a la Comunidad Internacional.

Ahora bien, cuando un tribunal llamado a resolver una causa de DIIE se enfrenta a una cláusula que dispone sin más que la nacionalidad de una persona física se regirá por la ley de su Estado, y la de una jurídica por su lugar de constitución, tiene la obligación de considerar al TBI como un instrumento internacional encuadrado en un sistema compuesto por todas las normas que rigen la vida internacional. En efecto, no puede interpretarse en aislamiento, aún si la fragmentación del derecho internacional hubiese derivado en que el DIIE haya adquirido el carácter de *lex specialis*. El DIIE, por sí mismo, no contiene ninguna definición de nacionalidad que pudiera entrar en conflicto con la del DIG, y es por esta razón que cada TBI está encargado de llegar a esa conceptualización. Pero cuando el TBI regula tan tangencialmente la nacionalidad, haciendo una mera remisión al derecho interno de un Estado, es necesario integrar el texto convencional con principios provenientes del DIG. Es aquí donde debe ponerse especial énfasis en la idea de que no puede presumirse, faltando aclaración expresa, la intención de las partes de contradecir la *lex generalis* internacional. La doctrina de la conexión real, como parte

⁹⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Fragmentación del derecho internacional...”, *doc. cit.*, pp. 197-198.

integrante del DIG, es parte del sistema normativo que los tribunales especializados en inversiones no deberían soslayar.

2. La teoría del abuso de derecho

La teoría del abuso de derecho merece un párrafo aparte, aunque usualmente se la conceptualiza en referencia al más amplio principio de buena fe⁹¹. Esta doctrina integra el DIG en calidad de principio general de derecho, pero también ha adquirido raigambre consuetudinaria⁹². Este precepto “requiere que todo derecho sea ejercido de forma honesta y leal. Cualquier ejercicio ficticio de un derecho con el propósito de evadir una norma o una obligación contractual no será tolerado”⁹³.

Se ha sostenido que la doctrina de la conexión genuina elaborada por la CIJ en el mentado caso “Nottebohm” no es más que una aplicación concreta de la teoría del abuso de derecho⁹⁴. SLOANE ha destacado que lo resuelto en “Nottebohm” “permite a los foros internacionales rehusarse a reconocer manipulaciones abusivas del derecho a conferir la nacionalidad”⁹⁵. Por supuesto, “Nottebohm” era un caso de protección diplomática, por lo que el reclamante era el mismo Estado que había concedido la nacionalidad. En los casos de DIIE, es en general el propio inversor quien reclama. Aquí no se trata de un Estado que incurrió en abuso de derecho al haber concedido una nacionalidad ficticia (cuya conducta no está siendo juzgada), sino del inversor, que incurrió en abuso de derecho al haber adquirido dicha nacionalidad deliberadamente con el plan de valerse de ella ante una instancia internacional.

Al analizar el previamente reseñado caso “Soufraki”, SLOANE se permite destacar que, en casos de nacionalidad de conveniencia, “la pregunta más directa y relevante sería si el inversor ha abusivamente manipulado la estructura del Convenio [del CIADI] para asegurarse un derecho que de otra manera no tendría”. Frente a esta pregunta, “basándose en el principio general de derecho que prohíbe abusos de derechos, sería apropiado que un tribunal del CIADI que se confronte con circunstancias como estas

⁹¹ SLOANE, *opus cit.*, p. 19.

⁹² BYERS, Michael, “Abuse of rights: an old principle, a new age” en *McGrill Law Journal*, Vol. 47, N.º 389, Columbus, McGraw-Hill, 2002, p. 397.

⁹³ CHEN, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1953, p. 121, citado por SLOANE, *opus cit.*, p. 19.

⁹⁴ SLOANE, *opus cit.*, pp. 19-24.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 22-23.

decline su jurisdicción...”⁹⁶. En efecto, cuando una persona física busca la adquisición de una nacionalidad de conveniencia que nada tiene que ver con sus vivencias personales, o cuando se constituye una sociedad fantasma que no vaya a realizar actividad económica alguna en la jurisdicción en que fue registrada, se está haciendo una manipulación abusiva del instituto de la nacionalidad. Puede que ello sea formalmente válido, que sea el “ejercicio” de un derecho, pero no puede ser de ninguna manera admisible pretender hacer valer ese abuso en contra de los derechos de un Estado ante un tribunal internacional. Es precisamente frente al ejercicio irregular de un derecho, inconsistente con los principios del ordenamiento que le dio origen, que la teoría del abuso de derecho fue concebida.

3. El fraude a la ley

El fraude a la ley (*fraus legis*) “consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique”⁹⁷. En otras palabras, consiste en la realización de alguna maniobra que tenga por objeto sustraerse del ámbito de aplicación de una norma, con miras a evitar las consecuencias que esa norma traería y obtener de ello alguna ventaja. La determinación de que el fraude vicia todo aquello que de él se deriva (*fraus omnia corrumpit*) puede ser calificada, junto con la teoría del abuso de derecho, como una derivación de la buena fe, y es asimismo un principio general de derecho⁹⁸.

Dicho esto, es fácil hilar la correspondencia entre la práctica del *treaty shopping* y el fraude a la ley. En el *treaty shopping*, lo que el inversor está haciendo, en esencia, es hacerse con una nacionalidad de conveniencia para evadir 1) la aplicación de la ley del Estado receptor, y 2) la competencia de los tribunales del Estado receptor. Al ostentar –al menos formalmente– una nacionalidad determinada amparada por un TBI, el inversor se hace beneficiario de todas las prebendas sustantivas que ese TBI les otorga a los inversores de la nacionalidad correspondiente, generalmente consistentes en estándares de protección mucho más elevados que los que el derecho interno prevé para inversores locales o no cubiertos por TBI. Por otra parte, también adquiere *ius standi* para llevar sus diferencias

⁹⁶ Ibid., p. 48.

⁹⁷ MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, “Fraude a la ley: *fraus legis facta*” en *Cultura Jurídica*, N.º 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 107.

⁹⁸ CHEN, Bin, *opus cit.*, pp. 158-160.

con el Estado receptor ante un tribunal arbitral internacional, en lugar de que éstas sean resueltas ante la instancia natural: los propios tribunales internos del Estado.

Por consiguiente, el principio *fraus omnia corrumpit* indica que las maniobras tendientes a obtener una nacionalidad de conveniencia, en tanto busquen sustraerse indebidamente de la ley del Estado receptor y de la competencia de sus tribunales, deben ser privadas de efectos.

VII. Consideraciones finales

A lo largo de este artículo, se ha analizado cuál es la relevancia de la determinación de la nacionalidad del inversor en el DIIE para pasar luego a identificar cómo ha evolucionado la manera en que se lleva adelante dicha operación (tanto para personas físicas como jurídicas) en el DIG, y cómo ello se ha traducido en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales internacionales especializados en materia de inversiones extranjeras. Ha quedado en evidencia que estos tribunales, quizás animados por un deseo de proveerle un mayor amparo al inversor, han tejido una coraza alrededor de la literalidad del texto convencional, que no ha dejado penetrar las doctrinas de la conexión real desarrolladas en el DIG.

No obstante, al intentar preservar la autonomía normativa de su *lex specialis*, estos tribunales especializados no se percataron de que la necesidad de hallar un nexo sustentado en factores de vinculación auténticos no es un antojadizo capricho originado en un antiguo fallo de 1955, sino que es la piedra angular de la institución de la nacionalidad. Ignorarla sería torcer ese instituto, y ello no es algo que pueda hacerse sin consecuencias. Como se ha señalado a lo largo de este estudio, hemos presenciado resultados tan absurdos como que se considere legítimo el reclamo de inversores locales que recurrieron a precarios artilugios para acceder a protecciones especiales pensadas para extranjeros. Nos hemos visto sorprendidos por la total desnaturalización de tratados bilaterales de cooperación económica para que bajo su paraguas se refugien inversores locales o provenientes de países totalmente ajenos a aquellos que celebraron el acuerdo. Hemos observado perplejos que un tribunal le reproche a un inversor, como si se tratara de un acto de negligencia comercial, que no haya constituido una sociedad fantasma en otra jurisdicción.

Ignorar la doctrina de la conexión real no implica solamente permitir la desvirtuación del DIIE y la deformación del eje central de su existencia (la protección del inversor *extranjero*), sino también volverse contra el derecho positivo vigente y resolver

un conflicto de forma antijurídica. El desconocimiento de esta doctrina importa: 1) hacer caso omiso a las reglas de interpretación de tratados, ignorando el objeto y fin de los TBI, la incidencia de la buena fe como pauta exegética y la inserción del TBI en el marco sistémico mayor del derecho internacional; 2) consentir la manipulación abusiva del derecho de quien adquiere una nacionalidad de conveniencia con el objeto de acceder a una posición jurídicamente privilegiada; y 3) permitir que un inversor realice una simple operación que le posibilite sustraerse de la ley que le sería aplicable y de la competencia de los tribunales a los que debería someterse.

Si los tribunales del CIADI pretenden consolidar su sistema de solución de diferencias como un motor del desarrollo económico internacional basado en el flujo transfronterizo de capitales para inversiones directas, no deberían conformarse con una fachada formalista, sino más bien indagar en la realidad que yace detrás del vínculo de nacionalidad, impidiendo que la forma desplace la sustancia. De otra forma, la proliferación de las nacionalidades de conveniencia podría provocar un daño muy difícil de reparar en la credibilidad del DIIE como régimen idóneo para reglar las inversiones internacionales.

Bibliografía

- BYERS, Michael, "Abuse of rights: an old principle, a new age" en *McGrill Law Journal*, Vol. 47, N.º 389, Columbus, McGraw-Hill, 2002, pp. 389-431.
- CASAS MARTÍNEZ, Manuel, "Nationalities of convenience, personal jurisdiction, and access to investor-State dispute settlement" en *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, N.º 1, Nueva York, New York University Press, 2016, pp. 63-127.
- CHEN, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1953.
- COGLIATI-BANTZ, Vincent P., *Means of Transportation and Registration of Nationality*, Abingdon, Routledge, 2015.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission* (2006), Vol. II, Nueva York, United Nations Publications, 2006.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, "Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional", en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2006), Vol. II, Ginebra, United Nations Publications, 2006.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DOUGLAS, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, "Fraude a la ley: *fraus legis facta*" en *Cultura Jurídica*, N.º 1, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 105-117.

- MILLER, Hunter, "The Hague Codification Conference" en *The American Journal of International Law*, Vol. 24, N.º 4, Washington, American Society of International Law, 1930, pp. 674-693.
- NIKIÈMA, Suzy H., "Best Practices: Definition of Investor" en *Best Practices Series*, marzo de 2012, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2012.
- OPPENHEIM, Lassa L. F., *International Law: A Treatise*, Vol. I "Peace", Nueva York, Longmans, Green and Co., 1905.
- SCHREUER, Christoph, "Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests" en *ICSID Review*, Vol. 24, N.º 2, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 521-527.
- SLOANE, Robert D., "Breaking the genuine link: the contemporary international legal regulation of nationality" en *Harvard International Law Review*, Vol. 50, N.º 1, Cambridge, Harvard University Press, 2009, pp. 1-60.
- SINCLAIR, Anthony C., "Nationality Requirements for investors in ICSID arbitration: the award in *Sonfraki vs. The United Arab Emirates*" en *International Oil, Gas & Energy Dispute Management*, Voorburg, OGEL 4, 2004. Disponible en www.ogel.org/article.asp?key=1556 (última consultada efectuada el 30/12/2017).
- TLADI, Dire, *Second report on jus cogens* (A/CN.4/706), Ginebra, United Nations Publications, 2017.
- TREVISANUT, Seline, "Nationality cases before international courts and tribunals", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, disponible en <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e853?rskey=KA3dRp&result=6&prd=EPIL> (última consulta efectuada el 22/12/2017).
- VILLIGER, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of the Treaties*, Leiden, Brill, 2009.
- WISNER, Robert y GALLUS, Nick, "Nationality Requirements in Investor-State Arbitration" en *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, N.º 6, Brill, Leiden, 2004, pp. 927-945.

EFFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE LOS OCÉANOS

*Celia Andrea HERNÁNDEZ APARICIO**

Recibido: 30.05.18

Aceptado: 07.12.18

Resumen: El presente trabajo aborda el estudio del origen y consecuencias del cambio climático en el planeta, así como sus efectos en el régimen internacional de los océanos.

Este trabajo genera un análisis sobre el régimen jurídico de las islas, rocas y Estados archipelágicos, y su situación frente a los posibles panoramas que proyecta el cambio climático en los océanos, no sólo de una manera ambiental o geográfica, sino desde un enfoque jurídico y las soluciones que pueden adoptar los Estados ante este problema, tomando como base la Convención del Mar (CONVEMAR).

Palabras clave: cambio climático - régimen jurídico - islas, rocas - Estados archipelágicos - CONVEMAR.

Effects of climate change on the international ocean regime

Abstract: This paper deals with the study of origin and consequences of climate change on the planet, as well as its effects on the international regime of the oceans.

An analysis is generated about the legal status of islands, rocks and archipelagic States, and their situation in facing of the possible scenarios that climate change projects in the oceans, not only in an environmental or geographic way, but also from a legal approach and the solutions that States can adopt in facing of this problem, based on the Convention of the Sea (UNCLOS).

Key words: climate change - legal status - islands, rocks - archipelagic States - UNCLOS.

I. Introducción

Diversas son las interrogantes que pueden plantearse sobre el cambio climático. Por ejemplo, ¿qué es?, ¿Cuáles son las causas?, ¿Es una problemática con solución?, ¿Cuáles son sus efectos o consecuencias?

El cambio climático es un fenómeno que no sólo se observa en la atmósfera; podemos observarlo en los ecosistemas, en los mares y océanos, en la interacción del ser humano y su entorno. Es por esta causa que diversos organismos especializados en ambiente lo han

* Alumna de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Alumna de intercambio en la Universidad de Buenos Aires (agosto - diciembre 2018). Prestadora de servicio social en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, actualmente Congreso de la Ciudad de México (julio 2017 – febrero 2018). Becaria jurídica en Mas Servicios Asistenciales, S.A., de C.V., en México (marzo – julio 2018).

llamado el problema más difícil de afrontar actualmente, en cuestión ambiental, en nuestro planeta¹.

Si bien, el cambio climático siempre ha existido a lo largo de la historia de nuestro planeta, también es cierto que estos cambios surgían por la naturaleza misma, pero no muy lejanamente se ha potencializado debido a actividades humanas y esto ha generado preocupación a nivel internacional.

En cuanto a problemáticas referidas al ambiente, la comunidad internacional comenzó a trabajar en convenciones que adoptaron diversos instrumentos jurídicos a nivel internacional para mitigar los efectos de la contaminación y agotamiento de recursos naturales en el planeta, así es como en 1972 se lleva a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano en Estocolmo, siendo una Conferencia de gran relevancia debido a que logró reunir a una gran cantidad de Estados, en la cual sus representantes crearon un clima de entendimiento al punto de que las posturas divergentes lograron un acercamiento, y así, lograron adoptar una serie de compromisos en los que destacaron: la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano que incluía 26 principios y fue considerada la primera legislación internacional en materia ambiental; se pudieron definir metas específicas asumidas por los Estados Parte de la Conferencia, un plan de acción de 109 recomendaciones en materia ambiental y se sugirió a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) la creación de un organismo que tratase las cuestiones relacionadas al ambiente, que da como nacimiento al Programa de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente (PNUMA)².

Posteriormente, en el año de 1979, se llevó a cabo la primera Conferencia Mundial sobre el Clima en Ginebra, en el que se concluyó que las emisiones de dióxido de carbono, provocadas por la actividad humana, podían afectar el clima, entonces se instituyó el Programa Mundial sobre el Clima como marco de referencia para la cooperación internacional en cuestiones climáticas³.

Para el año de 1982 se celebró la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de la cual se obtuvo como resultado la Convención de las Naciones Unidas

¹ Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. *Cuaderno de Derecho Ambiental*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011, p. 7.

² Cfr. GRANADOS SÁNCHEZ, Jesús, *Manual de medio ambiente y sostenibilidad*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 98-99.

³ *Ibidem*, p. 100.

sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)⁴ reconocida como la Constitución de los Océanos, misma a la que se hará amplia referencia en el desarrollo del presente trabajo porque, si bien, nos habla sobre cuestiones ambientales, nos cuestionaremos si nos da alguna solución a los efectos del cambio climático en el régimen jurídico de los océanos.

En 1989, el PNUMA y la Organización Meteorológica Mundial (OMM)⁵ establecieron el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC) que tiene como labor investigar el cambio climático debido a actividades del ser humano, así como el impacto y sus posibles soluciones⁶.

Para el año de 1992, se llevó a cabo en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, llamada “Cumbre de la Tierra”, de gran relevancia internacional debido a la gran participación de Estados y a los logros que se obtuvieron, como el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y otros instrumentos⁷.

Es a partir de aquí que realmente comienza una preocupación y mirada internacional a problemáticas ambientales, una muy destacada es el cambio climático que se abordará en el cuerpo del presente trabajo y se enfatizará en aclarar si tiene repercusiones en el ámbito jurídico de los océanos, y si es así, las posibles soluciones que tiene el derecho o en su defecto, lo que podría interpretarse o sugerirse.

II. Hipótesis

El cambio climático es un problema generado por actividades humanas que tiene como consecuencia, entre muchas, el derretimiento de glaciares y con esto, el aumento del nivel del mar. Al aumentar el nivel del mar, los Estados ribereños pueden ver a largo plazo disminuido su territorio por la inundación de su zona costera; también puede generar la desaparición de islas completas o algunas que formen parte de un Estado archipelágico. La CONVEMAR

⁴ Esta Convención fue adoptada en el año de 1982, que inicio su vigencia en el año 1994 y actualmente posee 168 Estados Parte.

⁵ Es un organismo especializado de Naciones Unidas encargado de informar sobre el estado y el comportamiento de la atmósfera de la Tierra, su interacción con la tierra y los océanos, el tiempo y el clima que genera, y la consiguiente distribución de los recursos hídricos. Fuente: <https://public.wmo.int/es/acerca-de-la-omm/qui%C3%A9nes-somos> (consulta el 2-10-2018).

⁶ Cfr. GRANADOS SÁNCHEZ, Jesús, Op. Cit., p. 102.

⁷ Otros de los grandes logros de esta Conferencia son: la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, la Agenda 21, el Convenio sobre Diversidad Biológica, la creación de la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, el acuerdo para negociar el Convenio Mundial sobre Desertificación y la Declaración de Principios para el Manejo Sostenible de los Bosques.

no nos hace referencia a qué pasaría con los espacios marítimos que poseen las islas si éstas dejan de serlo y se convierten en elevaciones de bajamar.

1. Cambio Climático. Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

El cambio climático global por actividades humanas se comenzó a analizar desde hace aproximadamente cien años, en particular desde la Revolución Industrial; desde esa época los procesos industriales comenzaron a desarrollarse con la quema de combustibles fósiles así, la emisión de gases a la atmósfera genera cambios en su composición. Se estima que desde la Revolución industrial hasta 1990 la cantidad de dióxido de carbono ha aumentado en un 30%⁸.

En 1992, en el marco de las Naciones Unidas, la comunidad internacional “Reconociendo que los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad; y preocupadas porque las actividades humanas han ido aumentando sustancialmente las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, y porque ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, lo cual dará como resultado, en promedio, un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra y puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad...”⁹ es aprobada en Nueva York en 1992 la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que Argentina aprobó mediante la Ley 24.295 en 1993.

El artículo 1º de la Convención define al **cambio climático** como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”.

Como observados en la definición mencionada, el cambio climático deriva de actividades humanas, de las cuales podemos rescatar las siguientes¹⁰:

- a) La producción, consumo y utilización de energía.
- b) La combustión del carbón, petróleo y gas natural.

⁸ Cfr. CONDE, Cecilia. *México y el cambio climático global*. 1ra edición, UNAM, México, 2006, p. 15.

⁹ Preámbulo de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

¹⁰ Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, Cristina, “El Cambio Climático: Los aspectos científicos y económicos más relevantes”, *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, N. 32, 2011, p. 13.

- c) La deforestación, la expansión de la agricultura y destrucción de tierras.
- d) La extracción y uso de combustibles fósiles.
- e) Los sectores industriales, comerciales, residenciales y de transportes producen el mayor número de emisiones contaminantes.

A su vez, la Convención antes mencionada e instrumentos conexos (como el Protocolo de Kioto¹¹ y el Acuerdo de París¹²) fijan el objetivo de estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero (GEI)¹³ en la atmósfera hasta cierto punto que se impidan interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático¹⁴.

Como compromisos que asumen los Estados Parte de esta Convención, se hace énfasis en las posibilidades que posee cada uno, de acuerdo con sus condiciones específicas. En general, los compromisos se refieren a abordar planes y programas para controlar el nivel de emisiones antropógenas de GEI, las formas de mitigar los efectos adversos del cambio climático, la cooperación en la investigación científica y la transferencia de tecnología, así como el apoyo y cooperación al desarrollo de algunos Estados, en sí se enfatizan mayores compromisos para los “países desarrollados” de acuerdo con la Convención, entre otros¹⁵.

Cabe hacer referencia al artículo 4 (8), que menciona, que, al llevar a cabo los compromisos, se deberá atender a las preocupaciones y necesidades de países en desarrollo, sobre todo a (por mencionar los que saltan a la vista para este trabajo): los países insulares pequeños y los países con zonas costeras bajas¹⁶.

¹¹ El Protocolo de Kioto es un tratado internacional que entró en vigor en 2005 y forma parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, en él se fijan los límites de emisiones de gases de efecto invernadero de los Estados industrializados. Los Estados desarrollados fijaron como meta mitigar el problema del cambio climático con una estabilización de dióxido de carbono a un nivel del 5 % inferior al existente en 1990. Cfr. DANÚS, Fernando, “Cambio Climático. ¿Quién debe pagar?”, *Diplomacia*, N. 112, 2007, p. 27.

¹² El Acuerdo de París es un tratado que constituye la mayor respuesta global al cambio climático y establece un desafío de naturaleza transformacional que incita a los Estados a alinear la trayectoria de sus políticas económicas, sociales y de desarrollo a la luz del cambio climático. Este Acuerdo compromete a los Estados a descarbonizar sus economías y a aumentar su resiliencia a través de la participación universal en los esfuerzos dirigidos a combatir el cambio climático. En: PNUMA, El Acuerdo de París y sus implicaciones para América Latina y el Caribe, <https://www.unenvironment.org/es/explore-topics/cambio-climatico> (Consulta 12-10-2018).

¹³ El artículo 1º de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático los define como aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja. A su vez, el Anexo A del Protocolo de Kioto nos menciona como los principales los siguientes: Anhídrido carbónico o dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC's), perfluorocarbonos (PFC's) y hexafluoruro de azufre (SF₆).

¹⁴ Cfr. Artículo 2 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

¹⁵ Cfr. Artículo 4 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

¹⁶ Cfr. Artículo 4 (8) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

2. Cambio Climático. Sus posibles consecuencias.

Si bien, ya dimos un panorama de qué es el cambio climático y la forma por la cual los Estados se comprometen a mitigarlo, es necesario hablar de las consecuencias que ha traído o llegarán por esta problemática ambiental.

“El calentamiento en el sistema climático es inequívoco, y desde la década de 1950 muchos de los cambios observados no han tenido precedentes en los últimos decenios a milenios. La atmósfera y el océano se han calentado, los volúmenes de nieve y hielo han disminuido y el nivel del mar se ha elevado”¹⁷.

De acuerdo con IPCC, el cambio climático ha generado aumento de la temperatura en el planeta, y las consecuencias de estas variaciones, con base en sus estudios, se resumen en lo siguiente¹⁸:

- a) En cuanto a las regiones polares, determinaron que, en los últimos dos decenios, los mantos de hielo de la Antártida y Groenlandia han ido perdiendo masa, los glaciares han seguido disminuyéndose en gran parte del planeta y en el hemisferio norte, la extensión del manto de hielo durante la primavera ha sido menor con el paso del tiempo; lo anterior con un grado de certeza alto. También los glaciares han perdido masa y esto ha contribuido al aumento del nivel del mar.
- b) Con respecto al nivel del mar, “durante el periodo 1901-2010, el nivel medio global del mar se elevó 0,19 [0,17 a 0,21] m.”¹⁹.

“Es muy probable que la tasa media de elevación promediada global del nivel del mar haya sido de 1,7 [1,5 a 1,9] mm/año entre 1901 y 2010, y de 3,2 [2,8 a 3,6] mm/año entre 1993 y 2010. Los datos recogidos con mareógrafos y altímetros satelitales coinciden en que en este último período la tasa fue más alta.”²⁰.

De igual forma, se manejaron por parte del IPCC posibles escenarios a futuro. En estos escenarios, la mayoría proyecta que los océanos seguirán calentándose a lo largo del siglo XXI; que habrá reducciones del hielo marino del Ártico y que el nivel medio global del mar seguirá elevándose²¹.

¹⁷ IPCC, 2014, *Cambio Climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, [Equipo principal de redacción, R.K. Pachauri y L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Ginebra, p. 42.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ibidem*, p.45.

²¹ *Ibidem*, p.66.

Basándonos en estos informes que son realizados por expertos en diversas disciplinas científicas, podemos inferir que debido a las conclusiones arrojadas pueden darse a futuro casos en los que se vean afectados los Estados en su territorio, sobre todo en las zonas costeras y en aquellos Estados formados por islas o que tengan soberanía sobre algunas.

3. Régimen jurídico de las islas y las rocas.

En el derecho del mar se pueden observar distintos tipos de elevaciones o formaciones, ya sean naturales o construidas. Dentro de las naturales se encuentran las “elevaciones de bajamar” que son aquellas que son sólo visibles en bajamar, y las “islas”, que son las elevaciones que son visibles aun cuando la marea ha crecido o aumentado, es decir, en pleamar²².

Con base en el derecho internacional del mar, las islas pueden ser útiles para diversas cuestiones o ciertos fines. Un ejemplo, es que pueden generar, por sí mismas, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental²³, es decir, espacios marítimos propios, de los cuales pueden obtener muchos beneficios como ejercer soberanía (en el mar territorial) y jurisdicción.

El régimen jurídico de las islas ha sido tratado en diversas conferencias internacionales como en la Conferencia de codificación de la Haya de 1930, que estableció que una isla era un área de tierra rodeada de agua, la cual estaba permanentemente, aun en marea alta; en esta Conferencia se excluye a las elevaciones visibles sólo en bajamar²⁴.

Posteriormente, la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958, señaló en su artículo 10 que “una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”. Igualmente se excluyen a las elevaciones de bajamar²⁵.

Fue en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar donde se reconoce que las islas, islotes y rocas tenían fuerte impacto en la determinación de líneas de base desde las cuales se medían los espacios marítimos²⁶.

²² Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “Los desastres naturales y sus efectos en islas y Estados Insulares: Posibles soluciones jurídicas”, en: González Napolitano, Silvina S., *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda: SGN Editora, Buenos Aires, 2015, p.98.

²³ Cfr. Idem.

²⁴ Cfr. Idem.

²⁵ Cfr. Idem.

²⁶ Cfr. Idem.

Hoy en día, el régimen jurídico de las islas es reconocido por la parte VIII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR), adoptada en el marco de la Tercera Conferencia, antes mencionada.

El artículo 121 de la CONVEMAR, siendo el único aplicado directamente al régimen jurídico de las islas, nos dice:

1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.
2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres.
3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental.

De este artículo, se pueden derivar las siguientes observaciones entorno al régimen jurídicos de las islas: en el **punto 1** del artículo, nos hace referencia exclusivamente a **una extensión natural** de tierra, por lo que queda excluido de este régimen la isla artificial²⁷ y el conjunto o agrupación de islas que se denomina Estado archipelágico²⁸; debe estar **rodeada de agua** y estar **visible en pleamar**, por lo que se excluye a las elevaciones de bajamar. Cabe destacar que no se hace mención al tamaño de la isla, por lo que aun y cuando la extensión natural de tierra sean unos pocos centímetros o metros cuadrados visibles en pleamar, poseen la condición jurídica de isla.

En el **punto 2** del artículo 121 otorga espacios marítimos a las islas como a cualquier Estado.

Finalmente, el **punto 3** hace referencia a las rocas.

Las rocas no son definidas por la CONVEMAR, pero puede interpretarse o deducirse con base en el artículo 121 (3), en el que se advierte que las rocas pueden llegar a tener la

²⁷ Las islas artificiales se encuentran reguladas en el artículo 60 de la CONVEMAR. las islas artificiales se asimilan, jurídicamente, a las instalaciones, estructuras y construcciones realizadas por el Estado ribereño. Estas, según los artículos 11 y 60(8) de la Convención, no poseen mar territorial propio ni pueden ser utilizadas para la delimitación de los distintos espacios marítimos. En: GODIO, Leopoldo M. A., "La evolución del régimen jurídico de las islas en el derecho internacional contemporáneo y su interpretación en la controversia entre Nicaragua y Colombia", en Mauricio Alice [et. al.], *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2015, p. 164.

²⁸ Los Estados Archipelágicos como Filipinas, por citar un ejemplo, están regulados por la Parte IV de la CONVEMAR.

condición de isla y generar espacios marítimos si éstas son aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, de lo contrario sólo poseerían mar territorial y zona contigua.

En cuanto a “...aptas para mantener habitación humana o vida económica propia...” no hay duda de que, de la redacción, hay una disyunción y no una conjunción, por lo cual con que se dé una de las condiciones basta para que genere los espacios marítimos en su totalidad. El conflicto que surge de la definición son los conceptos de “mantener la habitación humana” y “vida económica propia”.

Silvina González Napolitano, hace referencia a Dipla Haritini, que considera que estos términos resultan arbitrarios y vagos, pues pudieron los Estados elegir otras características de lo que se planteaba en las discusiones y trabajos preparatorios; y son vagos por la poca precisión que tiene, ya que pueden surgir cambios²⁹. ¿Podría un Estado habilitar rocas para mantener un número de población en esa zona? También la interrogante de si un Estado pudiera habilitar la roca para actividades económicas y así generar la vida económica.³⁰

Realmente lo que buscan los Estados más allá de ejercer soberanía sobre las rocas es la generación de los espacios marítimos que les proporciona.

4. Régimen jurídico de los Estados Archipelágicos.

La Parte IV de la CONVEMAR es dedicada a los Estados Archipelágicos. En su artículo 46 nos define que es un Estado archipelágico y lo que es un archipiélago de la siguiente forma:

Para los efectos de esta Convención:

- a) Por “Estado archipelágico” se entiende un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos y que podrá incluir otras islas;

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., Op. Cit., p. 102.

³⁰ La situación de las rocas han sido ya objeto de controversias internacionales en este sentido. Por mencionar ejemplo está el caso de Rockall, roca ubicada en el Océano Atlántico, reclamada por el Reino Unido. Esta roca no cubría ninguna de las características para generar espacios marítimos, pues Reino Unido sólo construyó un faro sobre ella.

Para 1996, surge una disputa entre Japón y Corea del Sur, referente a las Liancourt Rocks, ubicadas en el centro-sur del mar de Japón, pues Corea del Sur construyó sobre ellas un muelle, una guarnición policial y una planta de desalinización de agua, todo esto para mantener población en ellas.

Por otro lado, Japón declaró su soberanía sobre dos rocas llamadas Okinotori, ubicadas en el Océano Pacífico, además brindándoles el estatus de isla, en 2004 proclamó una zona económica exclusiva alrededor de ellas. Esto generó protestas por parte de China, debido a la ubicación de las rocas, ya que éstas, además de estar rodeadas de aguas relevantes en materia de pesquería y recursos energéticos, tienen una ubicación estratégica por el paso de submarinos y esto implicaba ejercer cierto control sobre aquellos buques y submarinos que navegasen por la zona. Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., Op. Cit., pp. 103-104.

b) Por “archipiélago” se entiende un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales, que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal.

La definición es clara, tomamos que un archipiélago es el conjunto de islas, incluyendo partes de islas, que poseen un vínculo, más allá de geográfico, económico y político o la conexión que hubo históricamente hablando.

Y el Estado archipelágico es el Estado conformado por varios archipiélagos y, en su caso, de otras islas.

Con base en el artículo 47, los Estados archipelágicos pueden establecer líneas de base archipelágicas, que se resumen a líneas de base recta³¹ que unen los puntos más remotos de cada isla y arrecifes más alejados del archipiélago, desde los cuáles se van a medir los espacios marítimos que poseen³².

Tomando como referencia al autor Godio, nos hace una explicación sencilla sobre el trazado de líneas archipelágicas que establece el artículo 47 que se ve de la siguiente forma: 1. “incluir a las principales islas, encerrando un área de mar por lo menos igual de extensa al área de tierra enterrada pero no mayor de nueve veces a ésta y sin que sus líneas de base excedan las 100 millas al unir los puntos de medición, sólo autorizando por excepción su superación en el 3% del total de utilizado y siempre que no sobrepase las 125 millas;”³³ 2. No debe existir una desviación en de la estructura o configuración del archipiélago³⁴; 3. “que no se establezca alrededor de los archipiélagos que forman una parte de un Estado que no sea un Esta archipelágico”³⁵.

Finalmente, los Estados archipelágicos poseen soberanía sobre las aguas y espacio aéreo suprayacente a éstas.

³¹ Las líneas de base recta se encuentran reguladas y explicadas en el artículo 7 de la CONVEMAR.

³² Cfr. GODIO, Leopoldo M. A., *Instituciones de Derecho del Mar*, Aldina editorial digital, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 65.

³³ Ídem.

³⁴ Cfr. Ídem.

³⁵ Ibidem, pp. 64-65.

5. Efectos del cambio climático en los océanos y su relación con islas, rocas y Estados archipelágicos.

Después de haber analizado las causas y consecuencias que ha traído el cambio climático a todo el planeta, y en el cual se ven involucrados y comprometidos una gran cantidad de Estados para mitigar sus efectos, es evidentemente que las proyecciones que se tienen a futuro no hacen que se detenga en algún punto, si bien se pueden reducir sus efectos no cesarán por completo.

Así es como el IPCC se fue encargando de realizar informes periódicamente sobre estadísticas de comportamiento de todo un conjunto de factores generadores de un cambio climático mayor que han afectado al mundo, trazando escenarios de qué pasaría si se adoptaran ciertas medidas o políticas, que en su mayoría disminuyen el impacto de manera poco significativa.

Puntos relevantes abordados fueron el aumento de temperatura en los océanos, el derretimiento y disminución de masa de los glaciares y, en consecuencia, el aumento del nivel del mar.

Con este aumento del nivel del mar, pueden verse varios escenarios como que una elevación de bajamar que podía servir como punto de línea de base, quedara sumergida permanentemente y puede implicar pérdida importante de soberanía y jurisdicción, pues ya no se encuadraría en lo establecido en la CONVEMAR.

Una de las cuestiones que ha despertado gran interés en los últimos años, es la desaparición de islas³⁶ a causa del aumento del nivel del mar debido al calentamiento global.

Aun cuando este escenario resulta extremo o poco probable, la pérdida de territorio terrestre por el aumento del nivel del mar constituye una verdadera preocupación. Podría ocurrir que algunas islas quedaran totalmente sumergidas, lo que abre el debate a si un Estado pierde la posibilidad de reclamar derechos sobre espacios marítimos³⁷.

³⁶ Un caso mediático fue el de la isla Bermeja en México supuestamente ubicada en el Golfo de México, latitud 22° 33' Norte y longitud 91° 22' Oeste. Desde el siglo XVI aparecía en cartografías, pero las expediciones no la han encontrado. De haberse encontrado o existido, México hubiera obtenido derechos sobre los espacios marítimos que generasen la isla, que de acuerdo con la ubicación existen grandes yacimientos de petróleo. Es así como se puede ver la importancia de las islas en el derecho internacional. En: <https://www.infobae.com/america/mexico/2018/08/11/las-extranas-teorias-sobre-bermeja-la-isla-desaparecida-de-mexico/> (Consulta 7-11-2018)

³⁷ Cfr. VERNET, Paula M., “¿Existen respuestas jurídicas para los desastres naturales y otras consecuencias de fenómenos naturales sobre el territorio del Estado?”, en: González Napolitano, Silvina S., *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda: SGN Editora, Buenos Aires, 2015, p. 94.

Sólo los Estados pueden reclamar espacios marítimos. Si partimos de la idea de que el Estado es definido por sus elementos: territorio, población, gobierno y soberanía; un Estado constituido por una sola isla, que pierde su territorio por el aumento del nivel del mar, pues es cubierto, ¿dejaría de ser Estado? También planteemos que ante esta circunstancia pudiese ser que la población tuviera que desplazarse³⁸.

Pero podemos entender que una isla no necesita ser habitada o habitable para conservar sus espacios marítimos, con base en el artículo 121 (2) de la CONVEMAR.

Si se da el caso de que el Estado conserve como territorio solamente lo clasificado como roca, debe atenderse al artículo 121 (3) de la CONVEMAR, donde sólo tendría mar territorial y zona contigua como espacios marítimos, excepto si cumple con una de las características del artículo y, así, conservar derecho sobre todos los espacios marítimos.

Otro tema es el de los Estados archipelágicos, que podrían verse afectados, pues podrían perder las características y así los requisitos para poder trazar sus líneas de base o por la pérdida de islas, pierden su derecho a las aguas archipelágicas³⁹.

La solución que han dado diversos Estados es rellenar o mantener estructuras artificiales en la costa para evitar la erosión⁴⁰. El derecho vigente no prohíbe que los Estados realicen estas obras que permitan prevenir que sus islas puedan desaparecer.

Por ejemplo, González Napolitano hace referencia a Soons de la siguiente forma: "... La conservación artificial de una isla una vez formada naturalmente no resulta en la pérdida de su estatus jurídico internacional de isla"⁴¹. Esto nos lleva a la idea sobre este supuesto: existe una isla que cumple con todas las características que señala la parte VIII de la CONVEMAR, pero debido a la elevación de la temperatura, tanto atmosférica como oceánica, el nivel del mar se ha incrementado y esta isla se ve amenazada, es decir, dejaría de ser una isla y se convertiría en una elevación de bajamar. En consecuencia, para no llegar a esta situación, el Estado decide crear barreras alrededor de ésta para evitar que esto suceda.

³⁸ Cfr. Ídem.

³⁹ Cfr. GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., Op Cit., p. 108.

⁴⁰ Cfr. Ídem.

⁴¹ Cfr. Ibidem, p. 109.

Estas construcciones físicas que llevarían a cabo los Estados sobre la protección a su territorio generan incertidumbre sobre sus efectos en el entorno⁴², pero no estarían imposibilitados para llevarlo a cabo.

Evidentemente esta situación pondría a este Estado en una posible controversia con otros Estados, pero retomando el análisis que se realizó sobre el régimen jurídico de las islas, la CONVEMAR no prohíbe que se tomen estas medidas para la conservación de la isla, por lo que, jurídicamente hablando, el Estado tendría plena libertad de realizar estas acciones para evitar que la isla desaparezca.

Como vimos, la CONVEMAR puede ser clara o ambigua en ciertos términos. En lo que refiere a islas, rocas o Estados archipelágicos, da las características para que sean considerados como tal y los derechos que generan, por lo que, si un Estado o sus islas pierden estos requisitos, simplemente ya no encuadran en la descripción.

III. Conclusión

Con base en el marco jurídico establecido en la CONVEMAR, nos damos cuenta de la labor de años que debieron transcurrir para que ésta culminase de manera exitosa, y realmente lo logró en gran medida.

En lo que concierne a los temas abordados en la elaboración de este proyecto, deja opciones ante las posibles problemáticas derivadas del cambio climático en el aspecto de las islas, rocas y Estados archipelágicos, de forma ciertamente imprecisa pues como se ha visto, debe llegarse a una instancia internacional para dirimir sus controversias, pero es evidente que los Estados velan por lo mejor para ellos mismos conforme a sus intereses, es por eso por lo que llegan a chocar con otros.

Otra cuestión es el enfoque que debe tenerse para mitigar los efectos, en el cual podría intervenir el tema de contaminación por emisiones de GEI, que ha sido abordada en diversas ocasiones por la comunidad internacional. Durante todo este proceso se ha confirmado que la actividad humana es, por mucho, la causa número uno del incremento del nivel de la temperatura en el planeta.

Soluciones ante el cambio climático se han planteado diversas, por eso el surgimiento de diversas Convenciones que tratan el tema y de las cuales los Estados asumieron

⁴² Cfr. SCHOFIELD, Clive y FREESTONE David, "Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise", en: M. B. Gerrard and G. E. Wannier(ed), *Threatened Island Nations Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, 2013, p. 159.

compromisos; la creación de organismos que se encargan de vigilar que los compromisos asumidos por los diferentes Estados sean cumplidos. Pero, aunque se haga esto, las estadísticas arrojan que el calentamiento global seguirá en aumento a pesar de estas medidas.

Ante esta situación, ¿qué podría tenerse como solución al régimen internacional de los océanos, en específico lo referente a islas, rocas y Estados archipelágicos, por las consecuencias del cambio climático?

Realmente, sobre este punto se tienen más interrogantes y posibles conflictos que podrían surgir, por lo cual, a mi parecer propondría lo siguiente:

La CONVEMAR únicamente plantea que una isla para ser considerada como tal debe ser **una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.**

Por lo cual, la solución, que podrían adoptar los Estados, es la creación de barreras artificiales que rodean a las islas, ya sea una sola o aquellas que formen un Estado archipelágico, para evitar la erosión de sus costas y la posibilidad de que se conviertan en una elevación de bajamar y así perder sus espacios marítimos que les otorga la parte IV y VIII de la CONVEMAR.

Claramente surgirían controversias con otros Estados porque, como hemos visto a lo largo de la historia del derecho internacional, el Estado va a preocuparse por sus propios intereses sin dejar de lado los compromisos asumidos, pero los Estados que utilizan estas técnicas para la preservación de sus islas no están imposibilitados de ello por ninguna normativa.

Con esta solución cumplen con los requisitos que señala la CONVEMAR, si bien, es una posible solución, los Estados que utilicen esto deberían cumplir con ciertos lineamientos para evitar la destrucción de ecosistemas o especies, respetando en todo momento los compromisos asumidos en otros instrumentos internacionales⁴³.

Bibliografía

- CONDE, Cecilia. *México y el cambio climático global*. 1ra edición, UNAM, México, 2006.
DANÚS, Fernando, “Cambio Climático. ¿Quién debe pagar?”, *Diplomacia*, N. 112, 2007.
DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. *Cuaderno de Derecho Ambiental*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011.

⁴³ Por citar algunos ejemplos de estos instrumentos tenemos a la propia CONVEMAR en su parte XII y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo.

- GARCÍA FERNÁNDEZ, Cristina, “El Cambio Climático: Los aspectos científicos y económicos más relevantes”, *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, N. 32, 2011.
- GODIO, Leopoldo M. A., “La evolución del régimen jurídico de las islas en el derecho internacional contemporáneo y su interpretación en la controversia entre Nicaragua y Colombia”, en Mauricio Alice [et. al.], *Contribuciones al estudio del derecho internacional*, Buenos Aires, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), 2015.
- GODIO, Leopoldo M. A., *Instituciones de Derecho del Mar*, Aldina editorial digital, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda: SGN Editora, Buenos Aires, 2015.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., “Los desastres naturales y sus efectos en islas y Estados Insulares: Posibles soluciones jurídicas”, en: González Napolitano, Silvina S., *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda: SGN Editora, Buenos Aires, 2015
- GRANADOS SÁNCHEZ, Jesús, *Manual de medio ambiente y sostenibilidad*, Madrid, Dykinson, 2010.
- IPCC, 2014, *Cambio Climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, [Equipo principal de redacción, R.K. Pachauri y L.A. Meyer (eds.)]. IPCC, Ginebra, 2014.
- SCHOFIELD, Clive y FREESTONE David, “Options to protect coastlines and secure maritime jurisdictional claims in the face of global sea level rise”, en: M. B. Gerrard and G. E. Wannier(ed), *Threatened Island Nations Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, 2013.
- VERNET, Paula M., “¿Existen respuestas jurídicas para los desastres naturales y otras consecuencias de fenómenos naturales sobre el territorio del Estado?”, en: GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., *Respuestas del Derecho Internacional a desastres y otras consecuencias de fenómenos naturales*, Avellaneda: SGN Editora, Buenos Aires, 2015.

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

**RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR: A PROPÓSITO
DE LA RESOLUCIÓN PLENARIA N°3/2019 DEL TRIBUNAL PERMANENTE
DE REVISIÓN**

*Leandro BALTAR**

Recibido: 10.04.19

Aceptado: 13.05.19

Resumen: La creación de un mecanismo de resolución de controversias en el Mercosur costó años, más de los deseados. En el mismo momento que los Estados le dieron origen a este mercado común plasmaron la necesidad de contar con un Sistema Permanente de Solución de Controversias el cual debía instaurarse para diciembre de 1994.

La realidad se hizo esperar. No fue hasta el año 2002 que, gracias a la aprobación del Protocolo de Olivos, que se perfeccionó el sistema hasta ese momento vigente conforme el Protocolo de Brasilia. Dentro del abanico de novedades instauradas con este cambio, la creación del Tribunal Permanente de Revisión, con una competencia contenciosa y consultiva, se presenta como un positivo cambio que quedó a mitad de camino. El pedido de una Opinión Consultiva por parte del Parlasur motivó, frente la oposición por parte de la Coordinación de los Estados, la necesidad del Tribunal de expedirse previamente respecto de su procedencia, resolución que nos llevó a redactar el presente trabajo.

Palabras Clave: Derecho de la Integración – Tribunal Permanente de Revisión – Opiniones Consultivas

**Resolution of controversies in Mercosur: a purpose of plenary Resolution no. 3/2019
of the Permanent Review Court**

Abstract: The creation of a dispute resolution mechanism in Mercosur took years, more than desired. At the same moment that the States gave rise to this common market, they expressed the need to have a Permanent Dispute Settlement System, which was to be established by December 1994.

The reality was made wait. It was not until 2002 that, thanks to the approval of the Protocol of Olivos, the system was perfected up to that moment in force according to the Protocol of Brasilia. Within the range of novelties established with this change, the creation of the Permanent Review Court, with contentious and consultative competence, is presented as a positive change that was halfway through. The request for an Advisory Opinion by the Parlasur motivated, faced with the opposition on the part of the Coordination of States, the need for the Court to be previously issued regarding its origin, a resolution that led us to draft this work.

Keywords: Right of Integration - Permanent Review Court - Advisory Opinions.

* Abogado y Maestrando en Derecho Internacional Privado (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires –Facultad de Derecho–. Docente de materias afines en la Universidad de las Ciencias Sociales y Empresariales y en la Universidad Nacional de Avellaneda. Coordinador de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*. Sección Derecho Internacional Privado. Autor de artículos y capítulos de libros.

I. Introducción

Como nos enseña Ruiz Díaz Labrano, “todo acuerdo internacional destinado a la integración debe prever un sistema de solución de los conflictos o controversias que surjan con motivo de la interpretación y la aplicación de su normativa, el sistema se fortalece con la profundización de la integración y la competencia que se atribuya a los órganos o institución creada para resolver las controversias”¹. De una u otra manera, es imposible pensar en un espacio integrado por distintos Estados soberanos sin que se regule los modos o mecanismos en que se resolverán los conflictos susceptibles de generarse como consecuencia de esa propia unión. Pensar lo contrario sería posicionarnos en una utopía que dañaría a la propia integración y destruiría todo logro conseguido.

Desde el momento mismo en que se planeó el nacimiento del Mercosur, la regulación de los modos y procesos destinados a cómo resolver las controversias que puedan surgir fueron un tema de agenda. Se hizo esperar, ciertamente podemos ver como el sistema hoy receptado demoró más años de los deseados, pese a ello aún no satisface a gran parte de la doctrina quienes siguen abogando por una mejora intrínseca².

El Tratado de Asunción (TA) firmado el 26 de marzo de 1991 es quien dio origen al esquema de integración económica denominado Mercado Común del Sur (Mercosur). En su Anexo III se estableció un precario, y hasta casi improvisado, sistema de resolución de controversias que se extendió en un total de cinco párrafos. Aun así, como destacamos, vemos la preocupación al mismo momento de nacer el bloque por buscar los mejores mecanismos para poder soportar y sobrellevar los posibles conflictos que puedan surgir.

II. La resolución de controversias en el Mercosur

Originariamente, y conforme lo disponía el Anexo III al TA, las controversias que pudieren surgir entre los Estados Partes como consecuencia de la aplicación del Tratado eran resueltas mediante negociaciones directas. Si ellas fracasaban, se sometía la controversia a consideración del Grupo Mercado Común (GMC), quien luego de evaluar la situación contaba con un lapso de sesenta días para dictar recomendaciones pertinentes para la solución del diferendo. En caso de un nuevo fracaso, se debía elevar al Consejo Mercado

¹ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “El Mercosur y su sistema de solución de controversias”, en *Publicaciones digital XLI*, 2014, p. 189.

² A modo de ejemplo, basta ver los intentos en manos del Parlasur para la instauración de una Corte con carácter supranacional.

Común (CMC) como última instancia. En todos los supuestos, las recomendaciones no eran vinculantes ni obligatorias, por ello la insuficiencia del procedimiento.

Este precario sistema era claramente momentáneo, se expresó que antes del 31 de diciembre de 1994 los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común.

Como un paso hacia la instauración del sistema, se aprobó el Protocolo de Brasilia (PB) suscrito el 31 de diciembre 1991, vigente desde abril 1993 y en vigor por algo más de diez años gracias a la prórroga instaurada en el Protocolo de Ouro Preto en 1994 (POP)³. Sin embargo, tampoco estuvimos frente al paso definitivo pues el propio art. 34 indicó su vigencia hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del TA.

El cambio respecto a lo receptado anteriormente se produjo con la incorporación de la posibilidad de acceder al arbitraje, en el art. 7 se establecía que de no haberse podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los capítulos II (negociaciones directas) y III (intervención del GMC), cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral.

La aprobación del PB fue un paso importante pero insuficiente, y su propio texto así lo reflejaba. Fue el inicio del camino hacia un sistema que se aspiraba completo, suficiente y eficaz.

El actual sistema de solución de controversias, cumpliendo tardíamente con la orden plasmada en 1994, fue establecido por el Protocolo de Olivos (PO) suscrito el 18 de febrero de 2002. Este plexo normativo se encuentra complementado por varios instrumentos, como por ejemplo el Reglamento del PO según Decisión CMC N° 37/03; Las reglas de Procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión aprobadas por Decisión CMC N° 30/05 y El Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al TPR por los Tribunales Superiores de Justicia que fuera aprobado por Decisión CMC N° 02/07, entre otros.

Al sistema ya formado se le incorpora la creación del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), que se suma al Tribunal Ad Hoc (TAH).

³ Para un mayor desarrollo ver SCOTTI, Luciana B., "El Derecho de la Integración en el Mercosur" en NEGRO, Sandra (Dir), *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010, pp 92-104.

Entonces, primeramente se pretende que los Estados en conflicto busquen resolver sus diferencias, en lo posible, a través de negociaciones directas, si ello no surte efectos positivos, las partes tienen como opción recurrir ante el GMC, aunque ya no de modo obligatorio sino facultativo. Seguidamente se produce la instancia jurisdiccional donde los Estados podrán comunicar a la Secretaría la intención de recurrir al procedimiento arbitral con intervención de un TAH o, apelando a una de las competencias, pueden decidir acudir directamente al TPR como instancia única. En ambos casos, la resolución final se llega con el dictado de un Laudo el cual es de cumplimiento obligatorio.

III. El Tribunal Permanente de Revisión

Como señalamos previamente, la estructura de resolución de controversias sufrió un cambio trascendental con la firma del PO el 18 de febrero de 2002, instaurando y perfeccionando el -cuestionado- sistema hasta hoy vigente.

Dicho Protocolo, en su Capítulo VII, creó al Tribunal Permanente de Revisión (TPR) el cual estará integrado por 5 árbitros (conf. art. 18) designado uno por cada Estado Parte (junto a un suplente) y el quinto elegido por unanimidad. En su defecto, ante la ausencia de esta exigencia de acuerdo, la designación se hará por sorteo a cargo de la Secretaría Administrativa del Mercosur entre los integrantes de una lista conformada por un total ocho integrantes, dos por cada Estado.

Pese a su denominación de ‘permanente’ debe destacarse aquella particularidad detectada por la doctrina pues puede prestar confusión: no se está ante un órgano de naturaleza estrictamente y de presencia permanente. A ello se refieren cuando mencionan “...más que un órgano permanente, es un tribunal disponible que difiere en mucho del carácter permanente que tienen tribunales de otros modelos de integración”⁴. Conforme lo dispuesto por el art. 19 del PO los integrantes del TPR, una vez que acepten su designación, deberán estar disponibles para actuar cuando se los convoque, lo cual demuestra que no cuentan con un funcionamiento constante sin que ello pueda afectar su inmediata disponibilidad. Esto marca una diferencia respecto de otros pares. En el Sistema de Integración Centro Americano (SICA) encontramos a la Corte Centroamericana de Justicia (CCJ) cuyo origen data de 1992 con el Protocolo de Tegucigalpa instaurándolo como un

⁴ Rodríguez, Mónica S. “Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur ¿una quimera o una necesidad?” Tesis doctoral, disponible en <http://www.eumed.net> (Última consulta 07.05.19). En igual sentido, SCOTTI, Luciana B., “El Derecho de la Integración en el Mercosur” en NEGRO, Sandra (Dir), *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010, p. 99.

órgano principal y permanente con sede en Nicaragua. Por su parte, la Comunidad del Caribe (CARICOM) cuenta con el Tribunal de Justicia del Caribe, con la particularidad de incluso funcionar como tribunal de apelaciones en materia penal y civil, el cual posee también este carácter de permanente. Incluso la Comunidad Andina (CAN) cuenta desde el 28 de mayo de 1979 con un Tribunal de Justicia de carácter supranacional, comunitario y permanente que funciona en la Ciudad de Quito, Ecuador.

Estamos ante un órgano importante que posee cuatro competencias en materia jurisdiccional. Las primeras de ellas es la contenciosa donde puede como órgano de segunda instancia o como órgano de única instancia. El art. 17 del PO faculta a cualquiera de las partes en la controversia a presentar un recurso de revisión (segunda instancia), contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc en un plazo no superior a quince (15) días a partir de la notificación del mismo. El límite se da a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo, entonces quedan excluidas lógicamente las cuestiones de hecho y la interpretación de ellas. Al mismo tiempo, los laudos de los dictados en base a los principios *ex aequo et bono* no serán susceptibles del recurso de revisión.

Si la controversia solo vincula a dos Estados Parte, se integra con tres miembros, dos de los árbitros serán de la nacionalidad de las partes en el litigio y el tercero, que asumirá el rol de Presidente, será sorteado por el Director de la Secretaría Administrativa del Mercosur. En cambio, cuando se vean involucrados dos o más Estados, el TPR se integra con todos sus miembros.

En el art. 23 PO se recepta el acceso directo al TPR (conocido como el *per saltum*). Concluidas las negociaciones directas previstas en los dispositivos iniciales sin haber logrado una solución, las partes en la controversia de común acuerdo pueden someter la cuestión directamente y en única instancia al TPR. Para reafirmar esta característica se dispone respecto de los su obligatoriedad y por ello no estarán sujetos a recurso de revisión y tendrán con relación a las partes fuerza de cosa juzgada.

La doctrina destaca la incorporación de la función consultiva como una de las innovaciones más significativas, a manos del PO, respecto del Sistema de Solución de Controversias del Mercosur⁵. Incluso destacan que, de las cuatro competencias, a emisión de OC es una de las más importantes para el avance del esquema de integración⁶. El Protocolo

⁵ CENTURIÓN GONZÁLEZ, Carlos H., "Aporte del Tribunal Permanente de Revisión al proceso de integración del Mercosur: reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del Mercosur", en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 5, N° 9, Marzo 2017, p. 89.

⁶ KLEIN VIEIRA, Luciane, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho a la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2011, p. 80.

facultó al CMC para que establezca los mecanismos para formalizar la solicitud, cosa que fue cumplida con el Reglamento del Protocolo mediante la Decisión N° 37/03.

La necesidad de contar con una función consultiva se desprende de la propia existencia de un derecho común. Cuando el Mercosur empezó a producir sus normas, formando el llamado ‘Derecho del Mercosur’, necesariamente se enfrentará al derecho interno de cada uno de los Estados Parte. Al mismo tiempo, como sucede con las normas domésticas de cada país cuando empiezan a entrecruzarse y chocarse entre sí, es el propio derecho mercosureño quien puede entrar en conflicto con otra norma de igual origen.

Así entonces, conforme lo dispuesto por el art. 1 PO las controversias que puedan surgir entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo. Entre estos procedimientos, las OC se abren como una posibilidad.

La función consultiva, entonces, se presenta como un mecanismo fundamental para la armónica interpretación y aplicación del derecho comunitario permitiendo, de este modo, un eficaz sistema destinado a garantizar la seguridad jurídica en todo el Mercosur. Sin embargo, se destaca la diferencia con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una cuestión negativa respecto del TPR por el carácter no vinculante de las OC lo cual surge claramente del art. 11 de la Decisión 37/03 del CMC.

Esta negatividad fue por la doctrina considerado como una pérdida de “la oportunidad de ir generando una jurisprudencia armónica del derecho de la integración que por el efecto vinculante fuera moldeando la aplicación e interpretación del derecho común”⁷. Sumado a ello, la falta de una supranacionalidad es también vista como una desventaja por ser entendida como una característica esencial en un esquema de integración como el nuestro⁸. Autoras como Adriana Dreyzin de Klor manifestaron hace un largo tiempo “la importancia de contar con un órgano supranacional permanente, que ejerza el control de legalidad, que revista facultades para unificar la interpretación de sus fuentes jurídicas y actúe como órgano jurisdiccional con las competencias necesarias para dotar al proceso de garantías reales de justicia”⁹.

⁷ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, Op. Cit., p. 197.

⁸ KLEIN VIEIRA, Luciane, Op. Cit., p. 81.

⁹ DREYZIN DE KLOR, Adriana, “El Protocolo de Olivos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°1, Buenos Aires, 2003, p. 580.

La legitimación para pedir una OC está en cabeza de los Estados parte siempre que actúen en conjunto, los órganos con capacidad decisoria (CCM, GMC y CCM) y los Tribunales Superiores de los Estados partes con jurisdicción nacional y al Parlasur. Abrir la oportunidad a las autoridades judiciales de los Estados Parte de poder solicitar las OC es una positiva herramienta que, en los hechos, poco fue utilizado. Basta ver la escasa cantidad de pedidos efectuados a la fecha que demuestran un fracaso de la instancia.

IV. Resolución Plenaria N°3/2019 del TPR

El 26 de abril del 2019, por unanimidad, los miembros del TPR declararon inadmisibles las solicitudes de Opinión Consultiva presentadas por la Presidencia del Parlasur en octubre de 2018.

Dicha solicitud pretendía que el TPR, entre varias consultas, se expida respecto al régimen del pago de dietas y demás beneficios a los Parlamentarios de la República Argentina. Al mismo tiempo, y luego de dar por iniciado el trámite notificando a las Coordinaciones Nacionales, se comunicó a la Secretaría del Mercosur, en especial al GMC, para que se expida sobre la ocurrencia de la consulta y sobre el pago de los gastos y honorarios pues el propio Parlasur, invocando su carácter de órgano, solicitó la aplicación de la normativa correspondiente y, como consecuencia, las erogaciones debían imputarse a la Cuenta Especial para Opiniones Consultivas del Mercosur.

El GMC se expidió al respecto indicando que los argumentos vertidos por la Presidencia del Parlamento, en relación al pago y gastos que generaría la OC, carecían de sustento pues el propio órgano cuenta con un presupuesto propio sobre el cual ejerce competencias de elaboración y aprobación y, por ese motivo, debe asumir los gastos y honorarios generados por su pedido. A estas manifestaciones no hubo respuesta por parte del Parlasur.

Las cuatro Coordinaciones Nacionales sostuvieron que el pedido de OC no debía ser admitido. Por su parte, la República Argentina cuestionó el pedido desde una mirada de fondo como formal. Desde el punto de vista respecto de la forma, considera que la Disposición 7/2018 fue tomada sin respetar las mayorías exigidas por la normativa. En cuanto a las cuestiones de fondo destaca sobre la gran cantidad de preguntas formuladas su improcedencia porque en muchos casos ni siquiera existe una norma a interpretar, por ello considera a la intención como tendenciosa por estar dirigida a inducir una respuesta. Así,

expresa “Pareciera que el Parlasur pretende que el TPR se expida sobre normas claras sobre las cuales no existe duda de interpretación, modificando por esta vía el alcance que los Estados Partes le han otorgado a las OC, lo cual resulta inadmisibles”. Por último, destaca que de dictarse la OC se estaría dando al TPR una función legislativa pues se estaría expidiendo no sobre una cuestión de interpretación sino de aplicación. La República Federativa del Brasil puso su énfasis en la existencia de un vicio insanable de origen por no respetarse la mayoría exigida. Al mismo tiempo destaca que la OC fue buscada porque se pretende elucidar una cuestión de hecho, cuestión que para ese momento se encontraba debatida en la justicia argentina y de dictarse la Opinión podría influenciarse en el resultado de la contienda. Por último, la República del Paraguay como de Uruguay, con argumentos más simplistas, únicamente ponen su ojo en la falta de las mayorías mencionadas.

La decisión a la cual arribó el TPR se fundamentó en la lectura de la propia nota remitida por la Presidencia del Parlasur donde consta el acto por el cual se aprobó la Disposición para el pedido de la OC donde, junto con otras pruebas, se advierte la falta de quorum y de votos afirmativos para su aprobación. El requerimiento de mayoría absoluta establece dos requisitos: por un lado el quorum y por el otro la mayoría. En el caso, no existió la cantidad mínima de parlamentarios y ello impedía que pueda cumplirse la mayoría necesaria para la aprobación de una Disposición.

Bajo la existencia de este vicio de origen insalvable entienden que el TPR no puede admitir una consulta que no haya seguido con los trámites necesarios del propio Órgano que la formula.

V. Palabras de cierre

Citando a Ruíz Díaz Labrano, “...la creación del TPR representa un hito resultante en el Mercosur, y más allá de que aún no se haya logrado dotarlo de una funcionalidad que satisfaga la idea de un órgano que brinde respuestas efectivas a todos los conflictos que pueden derivar de la aplicación o interpretación de la norma del Mercosur, consideramos como uno de los pasos más importantes para la solución de los conflictos”¹⁰. Compartimos estas palabras, su creación es un hito en la historia de nuestro bloque integrado que requiere un empujón más antes de perderse en el tiempo, algo que lamentablemente parece consolidarse. Por ello, entendida doctrina sigue esperanzada en la culminación de las tareas

¹⁰ RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “El Mercosur y su sistema de solución de controversias”, en *Publicaciones digital XLI*, 2014, p. 195.

asumidas con el fin de que el “Mercosur goce de una estructura adecuada, de un sistema jurídico solvente y de un mecanismo de solución de controversias que abandone el carácter transitorio, y que, en general, esta reforma institucional le permita cumplir con el mandato acordado en el Preámbulo de su tratado fundacional”¹¹.

¿Es factible que el Parlasur pueda solicitar OC? Conforme al Reglamento aprobado por la Decisión N° 37/03 del CMC pueden solicitarlas todos los Estados Partes del Mercosur actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria y los Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional. La falta de mención expresa del Parlasur no se debió a su exclusión sino a una simple cuestión temporal, el Parlamento fue constituido el 14 de Diciembre 2006, como sustituto de la Comisión Parlamentaria Conjunta, y es el órgano, por excelencia, representativo de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes.

Su mención expresa fue entonces imposible por nacer tres años más tarde. Debe mencionarse que, siendo quien sustituyó a la Comisión Parlamentaria Conjunta, esta última si estaba excluida junto al Foro Consultivo Económico y Social y la Secretaría Administrativa del Mercosur. Sin embargo, en el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, por medio de la Decisión CMC 23/2005, se le atribuyó expresamente al Parlasur la legitimidad para la elevación de OC al TPR (art. 13).

Por último, merece ser destacado brevemente aquella objeción presentada en cuanto a la finalidad tendenciosa que ocultaría el pedido pues, conforme indicó la República Federativa del Brasil, se buscaba obtener una OC sobre un tema en debate ante la justicia local y así obtener algún tipo de influencia en la decisión a tomar.

Conforme el art. 11 del Reglamento, las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias. Esta situación es la que “impiden toda comparación con la llamada ‘competencia prejudicial’ otorgada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o con la facultad de interpretación por vía prejudicial del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina reconocida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al margen de otras diferencias en cuanto al órgano judicial nacional que las puede solicitar”¹². Pero ello no quita el poder que pueden acumular. Tal como señala Luciane Klein Viera “aunque no estén dotas de fuerza obligatoria, pueden servir como precedente para los tribunales nacionales”¹³. Pese a esta falta de supranacionalidad y de obligatoriedad, no debe

¹¹ SCOTTI, Luciana B., Op. Cit., p. 105.

¹² REY CARO, Ernesto J., “Reforzamiento institucional del Mercosur: el Tribunal Permanente de Revisión”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 13, 2004, p. 203.

¹³ KLEIN VIERA, Luciane, Op. Cit., p. 110.

desacreditarse la importancia del TPR. Acertadas palabras fueron escritas por Alejandro Perotti al manifestar respecto de la funcionalidad relevante del órgano para “declarar con autoridad de cosa juzgada la interpretación auténtica y verdadera de la normativa del bloque”¹⁴.

Esto fue lo que motivó al Estado de Brasil a cuestionar la OC solicitada por el Parlasur, si bien la interpretación que realizará el TPR no será obligatoria si podía influenciar en la medida que sería tomada por los tribunales argentinos quienes aún estaban por resolver sobre el tema en cuestión.

Bibliografía

- BOLDORINI, María C. “Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N°6, Rubinzal Culzoni, 1994.
- CENTURIÓN GONZÁLEZ, Carlos H., “Aporte del Tribunal Permanente de Revisión al proceso de integración del Mercosur: reflexiones orientadas hacia la sociedad civil del Mercosur”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 5, N° 9; Marzo 2017; pp. 78 - 100.
- KLEIN VIEIRA, Luciane, *Interpretación y aplicación uniforme del derecho a la integración: Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2011.
- MOLINA DEL POZO, Carlos F., *Evolución histórica y jurídica de los procesos de integración en la Unión Europea y en el Mercosur: Liber amicorum Miguel Angel Ciuro Caldani*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2011.
- NEGRO, Sandra (Dir), *Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2010.
- REY CARO, Ernesto J., “Reforzamiento institucional del Mercosur: el Tribunal Permanente de Revisión”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 13, 2004, pp. 193 – 205.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, “El Mercosur y su sistema de solución de controversias”, en *Publicaciones digital XLI*, 2014, pp. 169 – 213.

¹⁴ PEROTTI, Alejandro D., “Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur: situación institucional y opiniones consultivas”, en *Temas del Cono Sur. Dossier de integración*, N° 49, Buenos Aires, 2008, p. 11.

**SOBRE LA POSIBILIDAD JURÍDICA DEL ESTADO URUGUAYO DE NEGOCIAR,
POR SÍ Y AL MARGEN DEL MERCOSUR, ACUERDOS COMERCIALES CON
OTROS ESTADOS Y BLOQUES DE ESTADOS**

*Luis A. FLEITAS DE LEÓN**

Recibido: 10.04.19

Aceptado: 22.05.19

Resumen: La integración comercial es un fenómeno heterogéneo, que debe ser comprendido en correlación con el del atributo de soberanía nacional, que tiene raíz constitucional y que es lo que determina la capacidad jurídica de los Estados para actuar en el plano internacional.

El propósito de este trabajo es analizar, desde el punto de vista jurídico, si uno de los Estados parte del MERCOSUR, la República Oriental del Uruguay, puede negociar y perfeccionar, por sí y al margen del bloque, acuerdos comerciales con otros Estados y bloques de Estados, atendiendo a las características del sistema normativo mercosuriano, a las relaciones entre el derecho originario y el derivado y considerando el estado actual del atributo de soberanía nacional del Estado uruguayo delineado en su Constitución.

Para ello, se estudia la eficacia jurídica y el contenido de la Decisión 32/00 del Consejo Mercado Común, invocada como obstáculo para el desmarque comercial de la República Oriental del Uruguay. Accesoriamente, se aborda si el Arancel Externo Común para la importación de productos por los Estados parte del MERCOSUR, es una efectiva inhibición jurídica de tal posibilidad.

Palabras Claves: Mercosur, supranacionalidad, integración, comercial, soberanía, Uruguay.

**Assessing the legal possibility of the uruguayan government to negotiate by
itself and outside Mercosur, commercial agreements and deals with other countries
and blocks of countries**

Abstract: Commercial integration entails both a complex and heterogeneous phenomenon. In particular, it must be understood in correlation with the constitutional attribute of national sovereignty, which determines the legal capacity of each country to act internationally.

The aim of this paper is to analyze, from a legal standpoint, whether one of the States parties of MERCOSUR, the Republic of Uruguay, can negotiate, by itself and outside this block, commercial agreements and deals with other countries considering the all the features of MERCOSUR's regulatory system. In addition, this study seeks to delve into the relations between the original and derivative law, considering the current status of the attribute of national sovereignty of Uruguay, enshrined in its Constitution.

For this purpose, we studied the legal effectiveness and content of Decision 32/00 of the Common Market Council, invoked as an obstacle to the commercial demarcation of

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Derecho Constitucional (Grado 3c), Universidad de la República. Asesor Parlamentario. luisflei@hotmail.com

the Republic of Uruguay. By the same token, the study addresses whether the Common External Tariff for the importation of products by the States parties of MERCOSUR is an effective legal inhibition for such possibility.

Keywords: MERCOSUR, supranationality, integration, commercial sovereignty, Uruguay, Constitution.

I. Planteo

En la República Oriental del Uruguay se ha instalado un impreciso debate acerca de si nuestro Estado puede, por sí, y al margen del Mercado Común del Sur, cuyo acrónimo es MERCOSUR, negociar y perfeccionar acuerdos comerciales con Estados o agrupaciones o bloques de Estados.

Naturalmente, la integración comercial es un fenómeno que ocurre en la realidad de forma compleja y así hay que experimentarla.

Involucra aspectos jurídicos, aspectos de ideología y praxis política, aspectos de política económica y comercial e incluso el sentir social y cultural de cada país respecto de la apertura al mundo, entendiendo el término apertura no en sentido valorativo positivo sino en un sentido descriptivo del fenómeno. Y muy particularmente implica un conflicto con otro fenómeno también complejo y heterogéneo, como es el del atributo de soberanía nacional, pues un Estado es soberano en tanto dispone de capacidad jurídica para resolver si mantiene o no relaciones con otros Estados, comerciales o de otra clase, la naturaleza e intensidad de los vínculos que crean dichas relaciones y mientras retenga la capacidad jurídica de establecer, junto con sus pares, las reglas para encauzar dichas relaciones e incluso la capacidad jurídica de volver a actuar solo¹.

Ahora bien, admitido el carácter heterogéneo del tópico, y más allá que la decisión respecto de negociar por sí y al margen del MERCOSUR acuerdos comerciales con países o agrupaciones de países extra MERCOSUR pasa quizás mucho más por aspectos que no son jurídicos, el objeto de este breve desarrollo es detenernos en dos aspectos que se han mencionado como imposibilidades, de naturaleza jurídica, para que un Estado integrante del MERCOSUR como es Uruguay pueda decidir actuar de tal modo.

El primer y principal factor que se ha mencionado, de modo neblinoso, es que el Estado uruguayo carecería de tal posibilidad jurídica por su pertenencia al MERCOSUR, invocándose como sostén de tal afirmación la Decisión N° 32 de fecha 29 de junio de 2000

¹ ARBUET-VIGNALI, Heber, "La soberanía hacia el siglo XXI: ¿Desaparición, divisibilidad o nuevos odres para añejos vinos?", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, enero-junio 1999, núm. 15, p. 113.

del Consejo del Mercado Común, que dispone, en su Artículo 1º, el compromiso de todos los Estados parte de negociar conjuntamente acuerdos comerciales con Estados extrazona o incluso con otros bloques de Estados.

Accesoriamente y de forma más atenuada, se ha invocado que la existencia de un Arancel Externo Común para los Estados que integran el MERCOSUR, que es lo que lo constituye como una Unión Aduanera en su camino inacabado hacia un Mercado Común, coadyuvaría a impedir jurídicamente la posibilidad mencionada.

El propósito de este apunte es entonces analizar el aspecto jurídico de la cuestión, desbrozado de los demás aspectos que sin duda están involucrados en ella, pero que por una razón metodológica dejamos de lado.

II. Sobre la Decisión nº 32/00 del Consejo del Mercado Común

Para dimensionar correctamente la referida Decisión N° 32/00 del Consejo, hay que contextualizarla dentro de las características del sistema jurídico que la produce, que es el mercosuriano, que dista de ser un sistema jurídico de Derecho Comunitario.

De acuerdo al Artículo 1 del Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991 por los Presidentes y Ministros de Relaciones Exteriores de las Repúblicas Federativa de Brasil, Argentina, Oriental del Uruguay y Paraguay, el Mercado Común del Sur es una entidad interestatal, con inacabada pretensión supranacional, eminentemente comercial y de unión aduanera, cuyo objeto es la libre circulación de personas, de bienes, servicios y factores productivos, integrada por los Estados que lo constituyeron y por la República Bolivariana de Venezuela incorporada posteriormente.

El MERCOSUR cuenta además con el Estado Plurinacional de Bolivia en proceso de adhesión; con Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana y Surinam como asociados y con México y Nueva Zelanda como observadores.

La clave para comprender las características del sistema jurídico el MERCOSUR, es esa inacabada pretensión supranacional antes mencionada. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la Unión Europea, el MERCOSUR no es una entidad supranacional plena; y a lo sumo, los más optimistas plantean que desde el punto de vista institucional sería una entidad parcialmente supranacional.

En este sentido Heber Arbuét-Vignali y Roberto Puceiro Ripoll señalan:

“Para lograr que funcione correctamente un mercado común, es imprescindible disponer de una estructura supranacional, que cuente con órganos de esta naturaleza independientes de los Estados miembros, que no respondan a las instrucciones de sus gobiernos, sino que atiendan los intereses del grupo, para lograr

lo cual deben disponer de la capacidad de adoptar decisiones en todos los asuntos propios de la materia puesta en común, y que se impongan a la voluntad de los Estados miembros prevaleciendo sobre sus disposiciones. Ello no se puede lograr en el marco de un sistema jurídico de Derecho Internacional Público, como aquel en que está inserto el Mercosur, sino que es necesario crear un sistema jurídico internacional más comprensorio, como lo es del Derecho Comunitario...”².

Con algo más de optimismo, Jamile Bergamaschine Mata Diz expresa:

“Sin ánimo de agotar el tema, podríamos decir que el MERCOSUR puede ser clasificado, desde un punto de vista institucional, en una supranacionalidad orgánica parcial, por presentar dos características básicas: la obligatoriedad de las normas y la consagración de valores comunes, y que, aunque se encuentre presente, de manera parcial, un centro de poder propio, no hay autonomía entre este y los poderes gubernamentales. En este contexto, la estructura mercosureña se vincula a los principios supranacionales de la teoría orgánica, pero no se inscribe en un marco comunitario institucional pleno, debido principalmente al sistema de toma de decisiones, que está subordinado al consenso, a los intereses estatales y a la ausencia de instituciones comunes”³.

Si bien la temática puede ser objeto de un desarrollo más profundo, y lo ha sido, excede este trabajo detenernos exhaustivamente en ello pues, cualquiera sea el enfoque, es esta supranacionalidad muy atenuada la razón por la que los órganos con capacidad de decisión en el MERCOSUR, que atento al Artículo 2º del Protocolo de Ouro Preto son el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio, tienen naturaleza intergubernamental. En consecuencia, las normas que producen no son propias del Derecho Comunitario y no obligan por sí a los Estados, sino que requieren de su internalización o incorporación por el orden jurídico propio de cada Estado⁴.

A su vez, la cuestión de la incorporación y consiguiente aplicación de la normativa que dictan esos órganos por los Estados parte, debe ser analizada a partir de los supuestos establecidos en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, normas originarias del sistema jurídico mercosuriano y considerando además lo que establece la Constitución del Estado parte, en este caso de Uruguay, en tanto es la norma que delimita la capacidad jurídica del Estado en materia de los actos jurídicos internacionales⁵.

² ARBUET-VIGNALI, Heber, PUCEIRO RIPOLL, Roberto, *Derecho Internacional Público – Breviario*, Tomo II, 1º edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, mayo 2017, p. 294.

³ BERGAMASCHINE MATA DIZ, Jamile, “El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, Vol. 11, 2005, núm. 2, pp 227 - 260.

⁴ ARBUET-VIGNALI, Heber, PUCEIRO RIPOLL, Roberto, op. cit., nota 2, pp. 293 – 295.

⁵ BERGAMASCHINE MATA DIZ, Jamile, op. cit., nota 3, pp. 227 – 260.

A dicho test jurídico es al que corresponde someter a la invocada Decisión N° 32/00 del Consejo del Mercado Común, con el objeto de verificar si implica efectivamente una inhibición jurídica respecto del Estado uruguayo para su posibilidad de negociar por sí y al margen del MERCOSUR acuerdos comerciales con otros Estados o bloques.

1. Incorporación y vigencia: ineficacia jurídica actual.

El Consejo del Mercado Común es el órgano máximo o superior del MERCOSUR al cual compete la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común, conforme a los Artículos 10 del Tratado de Asunción y 3 del Protocolo de Ouro Preto.

Por ser un órgano que integra el MERCOSUR, de naturaleza intergubernamental, las decisiones del Consejo del Mercado Común deben ser adoptadas, y tendrán validez si son adoptadas, en el marco de los Tratados y Protocolos suscriptos y ratificados por todos los Estados parte soberanamente, a través de sus procedimientos constitucionales y, como lógica consecuencia, ajustarse a los mismos.

En Uruguay la conclusión y suscripción está a cargo del Poder Ejecutivo, atento a lo dispuesto por el Artículo 168 Numeral 20 de la Constitución: *“Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos o con el Consejo de Ministros corresponde: 20) Concluir y suscribir tratados necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo.”*

Y la aprobación está a cargo del Poder Legislativo, como lo dispone el Artículo 85 Num. 7 de la Constitución: *“A la Asamblea General compete: 7) Decretar la guerra y aprobar o reprobado por mayoría absoluta de voto del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras.”*

Este debido ajuste, surge de que las decisiones del Consejo, y de todos los órganos del MERCOSUR, son consideradas derecho derivado del derecho originario, que son los referidos Tratados y Protocolos constitutivos del MERCOSUR, que han sido consentidos soberanamente por los Estados conforme a las reglas que establecen sus Constituciones⁶.

En el sistema jurídico del MERCOSUR, las normas originarias tienen una jerarquía superior a las normas derivadas. En sentido, Jorge Pérez Otermin señala:

⁶ DREYZIN DE KLOR, Adriana, PEROTTI, Alejandro, *El Derecho originario del MERCOSUR – Serie N° I*, 1ª edición, Buenos Aires, editorial Marcial Pons, 2011, p. 14.

“Si bien no se establece jerarquización expresa de las diversas normas que constituyen el orden jurídico del MERCOSUR, puede establecerse una primera jerarquía en base a la fuente de la que emanan. Así tendríamos por un lado los tratados y protocolos constitutivos, derecho originario, y, por otro lado, el derecho derivado de los órganos por ellos creados. No caben dudas que el primero prevalece sobre el segundo, y en caso de contradicción entre dichas normas valdrá la primera”⁷.

Sólo así entonces, previa incorporación, las decisiones del Consejo serán fuente jurídica válida en el sistema del MERCOSUR y obligarán a todos los Estados parte, como lo establecen expresamente los Artículos 9 y 41.III del Protocolo de Ouro Preto.

Ahora bien, centrémonos en la incorporación de las decisiones del Consejo.

A diferencia de la Unión Europea, donde tiende a imperar el Principio de aplicación inmediata, con excepciones respecto de algunas normas derivadas que producen los órganos comunitarios⁸, en el MERCOSUR se optó por el Principio de la aplicación simultánea.

El principio de aplicación simultánea mercosuriano implica el esfuerzo normativo de todos los Estados miembros para efectuar la incorporación de las normas producidas por los órganos con capacidad de decisión en el MERCOSUR, como presupuesto para la entrada en vigencia común y simultánea de las mismas, como vínculo interestatal que pretende reforzar el compromiso asumido por los Estados, al tiempo que se puede exigir la responsabilidad del Estado incumplidor⁹.

Ergo, si bien las decisiones del Consejo no requieren suscripción ni aprobación de los respectivos Poderes Ejecutivos y Legislativos de cada Estado, como ocurre en caso de los Tratados y los Protocolos, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para su incorporación al orden jurídico interno y así informarlo a la Secretaría Administrativa del

⁷ PÉREZ OTERMIN, Jorge, *El Mercado Común del Sur. Aspectos Jurídico Institucionales*, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, junio 1995, p. 108.

⁸ Los Reglamentos son directamente aplicables desde su entrada en vigor. Las Directivas obligan a los Estados destinatarios, que puede ser uno, varios o todos, en cuanto al resultado a conseguirse, dejándoles la elección de la forma y los medios. Las Directivas no son directamente aplicables, como principio, el legislador nacional debe adoptar un acto de transposición en el Derecho interno, garantizando la eficacia de la Directiva (Principio de cooperación leal, Artículo 4, ap. 3, del Tratado de la UE). Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE ha considerado que, de forma excepcional, determinadas disposiciones de una Directiva pueden tener efectos directos en un Estado, cuando: a) no haya sido transpuesta o lo haya sido incorrectamente; b) sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente claras y precisas; y c) sus disposiciones otorguen o reconozcan derechos a los individuos. Las Decisiones son obligatorias para los destinatarios designados, a partir de su notificación, no son de aplicación directa, requieren un acto de transposición, pero pueden ser directamente aplicables igual que las Directivas. Las Recomendaciones y los Dictámenes no crean derechos ni obligaciones.

⁹ PÉREZ OTERMIN, Jorge, op. cit., nota 7, p. 106.

MERCOSUR, lo que implica adecuar el orden jurídico interno para que dicha decisión pueda ser en efecto aplicable dentro del mismo¹⁰.

En dicho sentido, el Artículo 40 núm. i) del Protocolo de Ouro Preto establece:

“Con la finalidad de garantizar la vigencia simultánea en los Estados parte de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2 del Protocolo deberá seguirse el siguiente procedimiento: i) Una vez aprobada la norma, los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del Mercosur”.

En consecuencia, partiendo del supuesto que las decisiones han sido dictadas en el marco de los Tratados y Protocolos constitutivos y dependiendo de su contenido, es decir, si no afectan normas del orden jurídico interno del Estado, si afectan normas administrativas o si afectan normas de jerarquía legal, cada Estado podrá incorporarlas sin acto jurídico interno o podrá incorporarla mediante un acto administrativo o, eventualmente, mediante el dictado de una Ley, no con un sentido aprobatorio –como los Tratados- sino de adecuación.

Esta solución, que deriva de la dogmática del Principio de aplicación simultánea, ha sido recogida de forma expresa por el Consejo del Mercado Común, en las Decisiones N° 23 del 29/6/2000 y 20 del 6/12/2002, aunque de modo declarativo, pues tal solución sería la aplicable aún si no hubiese sido adoptada en ambas Decisiones, como una consecuencia lógica de dicho Principio y de las características jurídico - institucionales del MERCOSUR señaladas *ab initio*.

Finalmente, las decisiones del Consejo entran en vigor y, por tanto, adquieren eficacia jurídica, treinta días después que la Secretaría del MERCOSUR comunica a los Estados parte que todos ellos han informado la incorporación de la decisión a sus ordenes jurídicos, conforme a lo indicado precedentemente.

En tal sentido, el Artículo 40 Num. ii) e iii) del Protocolo de Ouro Preto dispone:

“ii) Cuando todos los Estados Partes hubieren informado la incorporación a sus ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del Mercosur comunicará el hecho a cada Estado Parte;

iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del Mercosur, en los términos del literal anterior. Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia (...) por intermedio de sus respectivos diarios oficiales.”

¹⁰ FERNÁNDEZ REYES, Jorge, *Curso de Derecho de la Integración*, 1ª edición, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2006, p. 250.

Considerado este procedimiento, cabe afirmar que la invocada Decisión 32/00 aún no ha sido incorporada a su orden jurídico por la República Oriental del Uruguay, ni por ningún otro Estado integrante del MERCOSUR.

Así surge de la información emitida por la Secretaría del MERCOSUR al respecto, y así luce publicado en la propia página web institucional del MERCOSUR¹¹.

Por tal razón, hoy en día, la referida Decisión no ha entrado en vigor y carece de eficacia jurídica, por lo que, cualquiera sea su contenido, no puede ser invocada como una imposición jurídica hábil para inhibir la capacidad jurídica de los Estados de negociar por sí, y al margen del bloque, acuerdos comerciales con otros Estados o agrupaciones de Estados. Fin de la discusión, por ahora.

2. Sistematización con el Artículo 8° del Tratado de Asunción.

Ahora bien, supongamos la hipótesis en la cual la Decisión N° 32/00 del Consejo del Mercado Común entrase en vigencia y adquiriese eficacia jurídica plena.

Siguiendo la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy¹², la invocación de un enunciado normativo a partir de esta Decisión, según el cual no estaría permitido a los Estados parte del MERCOSUR negociar, al margen del bloque, acuerdos comerciales con otros Estados, sería correcto o verdadero solo si es el resultado de un procedimiento que contemple el sentido literal de dicha Decisión y su intelección dentro del sistema jurídico mercosuriano, tanto desde el punto de vista normativo como dogmático.

En consecuencia y naturalmente, por lo ya expresado, tanto la intelección como la aplicación de esta Decisión debe realizarse de forma ajustada a los Tratados y Protocolos constitutivos del MERCOSUR, que conforman el derecho originario del sistema, y a los cuales se han obligado soberanamente los Estados parte. Esto pues, como se explicó, en el sistema de normas del MERCOSUR, las decisiones del Consejo del Mercado Común, en tanto son derecho derivado, tiene una jerarquía inferior respecto del originario¹³.

Más concretamente, dentro del Tratado de Asunción, el Artículo 8° es el que regula los acuerdos que los Estados parte pueden celebrar entre sí y con Estados terceros, por lo que es respecto de esta norma que corresponde analizar la Decisión en cuestión.

¹¹ <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/3189/2/innova.front/decisiones-2000>

¹² ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6ª edición, México D.F., editorial Fontamara, 2014, pp. 71– 88.

¹³ PÉREZ OTERMIN, Jorge, op. cit., nota 7, p. 108.

Los Artículos 2, 3 y 4 de la Decisión N° 32/00 se ajustan al Artículo 8° del Tratado de Asunción y no presentan mayor interés a los efectos de este análisis¹⁴.

El problema se centra en el Artículo 1° de la Decisión del Consejo y es el que hay que inteligir de forma sistematizada con el Artículo 8° del Tratado.

El Artículo 1° dispone: “(...)reafirmar el compromiso de los Estados Partes del MERCOSUR de negociar en forma conjunta acuerdos de naturaleza comercial con terceros países o agrupaciones de países extrazona (...)”.

En primer lugar, si bien el Artículo establece el compromiso de los Estados parte de negociar conjuntamente, como MERCOSUR, acuerdos de naturaleza comercial con terceros países o con agrupaciones de países extrazona, desde un punto de vista literal la norma no prescribe una inhibición y menos aún excluye la potestad de que cada Estado, por sí, pueda negociar acuerdos comerciales con otros Estados o agrupaciones de Estados, incluso, fuera de la zona de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyo acrónimo es ALADI.

Ahora bien, si se interpretara que la Decisión excluye esta posibilidad, de que cada Estado parte pueda negociar por sí acuerdos comerciales, excedería el Artículo 8° del Tratado de Asunción, que como veremos, en ningún momento inhibe la posibilidad, debiendo primar la misma por su condición de norma originaria.

En este sentido, el acápite del Artículo 8° del Tratado dispone: “*Los Estados Partes se comprometen a coordinar sus posiciones en las negociaciones comerciales externas que emprendan durante el período de transición. Para ello (...)*”.

De ningún modo el acápite del Artículo 8° prohíbe las negociaciones comerciales externas que emprenda cada Estado parte, ni limita o excluye tal posibilidad, ni le somete a una autorización, más allá de una lógica coordinación entre los Estados para no afectar los intereses del bloque en sí propio, estableciendo varias reglas que concretan y confirman este principio en los literales siguientes.

En el literal a), el Artículo 8° dispone: “*Evitarán afectar los intereses de los Estados Partes en las negociaciones comerciales que realicen entre sí –los propios Estados-, hasta el 31 de diciembre de 1994*”.

¹⁴ El Artículo 2 de la Decisión del Consejo 32/00, al igual que la Decisión del Consejo 10/92 y la Resolución del Grupo Mercado Común 35/92 –invocadas en el VISTO de la Decisión 32/00–, regulan la acción de los Estados parte respecto de acuerdos preferenciales con países de la ALADI, ajustándose a lo dispuesto por el Artículo 8 lit. b) y c) del Tratado.

Los Artículos 3° y 4° de la Decisión 32/00, establecen el compromiso de todos los Estados parte de realizar esfuerzos para concluir las renegociaciones tarifarias con O.M.C. hasta el 31/12/2000, y reiniciar las relaciones comerciales preferenciales entre el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y México, lo que también se ajusta al concepto del párrafo inicial del Artículo 8° del Tratado.

La disposición se refiere a las negociaciones entre Estados intra MERCOSUR, no extra MERCOSUR, además de no establecer ninguna clase de inhibición, más allá de la lógica regla de evitar afectar los intereses de otros Estados parte cuando éstos negocian entre sí.

En el literal b) el citado Artículo expresa: *“Evitarán afectar los intereses de los demás Estados Partes o los objetivos del Mercado Común, en los acuerdos que celebraren con otros países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración durante el periodo de transición”*.

Si bien la disposición requiere una instancia de coordinación entre el Estado parte y el MERCOSUR, cuando negocie acuerdos comerciales con otros Estados de la ALADI, que no integren el MERCOSUR, de modo alguno ello significa un límite o inhibición a la posibilidad objeto de análisis. Cabe precisar además, que este literal no se aplica a los acuerdos comerciales con Estados no miembros de la ALADI.

Finalmente, descartado el literal c) que carece de relevancia a estos efectos, el literal d) dispone: *“Extenderán automáticamente a los demás Estados Partes cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de ALADI”*.

Sin perjuicio de la cláusula espejo que prevé, el citado literal tampoco prohíbe a los Estados parte negociar por sí acuerdos comerciales al margen del bloque.

En definitiva, tanto con un criterio literal como sistemático, la interpretación que debe primar respecto del invocado Artículo 1º de la Decisión N° 32/00 es la que se ajusta al Artículo 8º del Tratado de Asunción, en tanto es la norma de jerarquía superior dentro del sistema y ésta no inhibe la posibilidad de los Estados parte de negociar y celebrar por sí acuerdos comerciales con Estados o con asociaciones de Estados extra MERCOSUR.

Esto pues, el derecho originario, integrado por Tratados y Protocolos y el derecho derivado, dentro del que están las Decisiones del Consejo Mercado Común, constituyen un sistema normativo y lo que necesariamente lo define como tal, es que no pueden existir normas incompatibles dentro del mismo.

Siguiendo a Norberto Bobbio en su concepción de sistema normativo:

“Aquí ‘sistema’ equivale a validez del Principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad. La tesis según la cual un orden jurídico constituye un sistema en el tercer sentido explicado se puede expresar también diciendo que el derecho no admite antinomias”¹⁵.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ª reimpresión de la 2ª edición, Santa Fe de Bogotá, editorial Temis S.A., 1999, pp. 183, 184.

Si no pueden existir normas incompatibles y no son admisibles las antinomias en un sistema jurídico, el propio sistema debe aportar principios que permitan solucionar un eventual conflicto entre normas, con el fin de dotar coherencia y unidad al sistema. Uno de esos principios es el criterio jerárquico:

“(...) según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior. La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo, que se manifiesta precisamente en la incapacidad de establecer una reglamentación que sea contraria a la reglamentación de una norma jerárquicamente superior”¹⁶.

Dado que las normas jurídicas que conforman y se producen en el MERCOSUR conforman en sí un sistema normativo, de producirse una antinomia o incompatibilidad entre una Decisión del Consejo del Mercado Común, derecho derivado, y un precepto del Tratado de Asunción, derecho originario, debe recurrirse al principio de jerarquía para su solución, lo que implica una primacía de la disposición del Tratado, por lo ya analizado¹⁷.

Ahora bien, si bien es incuestionable que el sistema jurídico del MERCOSUR no prohíbe ni coarta a los Estados parte en la posibilidad de negociar acuerdos por sí con Estados ajenos al bloque, ni les somete a una autorización para ello, debe existir una lógica coordinación entre el Estado que procura su acuerdo comercial, con los demás Estados parte del MERCOSUR, para no afectar los intereses comunes del bloque en sí.

Si bien el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, que son constitutivos del MERCOSUR, no cuentan con un Artículo como el actual 10º del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de la exposición de motivos, del espíritu de los ambos textos, del sentido ontológico de un mercado común y de lo que dispone la Parte III, Sección 1ª, de la Convención de Viena sobre los Tratados acerca de su observancia, los Estados parte, al negociar por sí acuerdos con otros Estados al margen del MERCOSUR, deben evitar ejecutar actos que afecten o pongan en peligro los fines constitutivos del MERCOSUR¹⁸.

Un ejemplo burdo, pero ejemplo al fin, sería que mientras el MERCOSUR negocia un acuerdo comercial con otro bloque de Estados, uno de los Estados parte intenta por sí negociar concomitantemente con el mismo bloque. Allí se pone en peligro la realización de los fines del MERCOSUR.

Sin embargo, si un Estado parte negocia por sí un acuerdo comercial con ese bloque, pues sirve a su interés nacional, sin que en el MERCOSUR se hubiese planteado con

¹⁶ BOBBIO, Norberto, op. cit., nota 15, p. 192.

¹⁷ PÉREZ OTERMIN, Jorge, op. cit., nota 7, p. 108.

¹⁸ PÉREZ OTERMIN, Jorge, op. cit., nota 7, p. 109.

razonable certeza esta posibilidad, porque no entra en sus objetivos estratégicos o por la razón que fuere, no se produce afectación alguna.

3. La cuestión desde la perspectiva de la Constitución de la República.

La Constitución es la norma que determina la capacidad jurídica de un Estado para relacionarse con otros Estados, sea en régimen de bilateralidad, multilateralidad o de asociación, determina el alcance, los límites y la intensidad de esa capacidad jurídica, lo que no es más que la expresión jurídica del atributo de soberanía nacional del Estado¹⁹, por lo que este tópico, debe analizarse también desde una perspectiva constitucional.

La interpretación del Artículo 1º de la Decisión del Consejo del Mercado Común, sistematizada con el Artículo 8º del Tratado de Asunción, se ajusta a la Constitución de la República Oriental del Uruguay, no así la interpretación contraria.

Las relaciones de nuestra República con otros Estados se rigen por el Principio de soberanía desde el punto de vista externo, que emana del Artículo 2 de su Constitución: *“Ella es y será para siempre libre e independiente de todo poder extranjero.”*

Este Principio significa, entre otras cuestiones, que:

“Las obligaciones o deberes que la República pueda contraer frente a otros Estados deben surgir de los Tratados que celebre con arreglo a las formas que la propia Constitución establece y que dichas obligaciones deben ser compatibles con las normas de la Carta uruguaya”²⁰.

Conceptualmente, este Principio aplica plenamente y sin cuestionamiento a todos los Tratados cuyo contenido no sea la protección de los Derechos Humanos, incluidos los relativos a la integración regional comercial, aduanera o de cualquier otra clase.

La única excepción al Principio son los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o Bloque Internacional de los Derechos Humanos, pues, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se produce un quiebre respecto del Principio de soberanía desde el punto de vista externo, en tanto que los Derechos Humanos no son producto del poder soberano de los Estados, sino que son un límite al mismo.

En tal sentido, Ferrer Mac-Gregor, actual Presidente de la Corte, ha señalado:

“Surge así el Derecho internacional de los derechos humanos, (...) lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de soberanía y de los Estados nacionales (...) el ejercicio de la

¹⁹ ARBUET-VIGNALI, Heber, op. cit., nota 1, p. 113

²⁰ RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, marzo 2015, pp. 369-370.

*función pública tiene límites derivados de que los derechos humanos, son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado (...) Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal*²¹.

A partir de ese Principio, el Estado uruguayo solo puede obligarse internacionalmente como tal, por actos internacionales que hayan sido ratificados soberanamente a través de sus Poderes representativos y en la forma prevista por la Constitución, es decir, suscriptos por el Poder Ejecutivo conforme al Artículo 168 Núm. 20 y aprobados por el Poder Legislativo atento al Artículo 85 Núm. 7^o²².

Lo dicho se desprende de los Artículos 4º y 82 de la Carta.

En este sentido, el Artículo 4º dispone: *“La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará”*. Como secuencia lógica del Artículo 4º, el Artículo 82 dispone: *“Su soberanía será ejercida directamente por el cuerpo electoral en los casos de elección, iniciativa y referéndum, e indirectamente por los Poderes representativos que establece esta Constitución; todo conforme a las reglas expresadas en la misma.”*

Ello no significa que no pueda admitirse, desde el punto de nuestra Constitución, que órganos internacionales, con el poder de dictar actos jurídicamente válidos, como es el caso del Consejo del Mercado Común, puedan obligar al Estado uruguayo.

Ahora bien, los actos jurídicos que dicten tales órganos internacionales podrán ser directamente aplicables en Uruguay, sí y solo sí son dictados dentro de los límites de los Tratados a partir de los cuales el Estado se obligó soberanamente. Ello se sustenta en que, conforme a los Artículos 4º y 82 de la Constitución, admitir que un órgano internacional pueda dictar un acto que exceda los deberes que asume el Estado en un Tratado aprobado conforme a la Constitución y aún así obligarlo, implicaría admitir un desplazamiento de las competencias constitucionales de los Poderes representativos, por los que el Cuerpo Electoral ejerce indirectamente la soberanía que radica en la Nación, hacia ese organismo internacional, lo cual no está permitido por la actual Constitución de la República.

En tal sentido, Héctor Gros Espiell, citado por Martín Risso Ferrand, señalaba:

“No se puede admitir hoy en Uruguay que un órgano ajeno a nuestro orden constitucional sustituya a alguno de los poderes de gobierno o a los órganos creados por la constitución, en el ejercicio de sus competencias

²¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, 1ª edición en rústica, Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 689 y 930.

²² RISSO FERRAND, Martín, citando a GROS ESPIELL, Héctor, op. cit., nota 20, pp. 393-396.

*referidas a cuestiones estrictamente internas. Nada impide en cambio que un órgano internacional válidamente creado, dicte normas de acuerdo con (...) un tratado anterior aplicable directamente en el Uruguay*²³.

Para que fuese admisible una delegación o desplazamiento de las competencias de los Poderes del Estado dadas por la Constitución, hacia un organismo internacional, es necesaria una reforma de nuestra Constitución que así lo habilite²⁴, en el sentido que lo dispone, por ejemplo, el Artículo 93 de la Constitución Española: *“Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o una institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”*.

El sentido de esta norma es explicado con precisión, por el Tribunal Constitucional Español en la reconocida Declaración N° 1/2004 del 13 de septiembre de 2004, en su FJ 4:

“La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional, así habilitada constitucionalmente, para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado”.

En conclusión, las decisiones del Mercado Común pueden aplicarse directamente al Estado uruguayo en la medida que se ajusten a los Tratados y Protocolos constitutivos del MERCOSUR y a los cuales nuestro Estado se ha obligado soberanamente, razón por la cual la intelección de la Decisión N° 32/00 ajustada al Artículo 8° del Tratado de Asunción es la que se adecúa a la Constitución y respeta el estado actual del atributo de la soberanía nacional.

Otro aspecto, quizás menor, pero que podría entenderse que incide en la adecuada resolución constitucional de la cuestión, es lo dispuesto por el Artículo 6 inciso 2° de la Constitución que recoge la llamada *vocación latinoamericanista* del Estado uruguayo:

“(...) La República procurará la integración social económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas”.

²³ RISSO FERRAND, Martín, citando a GROS ESPIELL, Héctor, op. cit., nota 20, p. 394.

²⁴ RISSO FERRAND, Martín, op. cit., nota 20, p. 396.

El contenido de esta norma, que ingresó a nuestra Constitución con la reforma de 1966 y cuya consagración obedece a la idea del latinoamericanismo, que circundaba los espíritus, con mayor o menos intensidad, de intelectuales y de políticos en la fermental década de los sesenta, no constituye una razón que pueda apartarnos de lo señalado, por lo siguiente.

Como expone Häberle, una Constitución es, además de un texto normativo, una obra de autorrepresentación cultural de una nación o un pueblo, y suele expresar las valoraciones, las ideas de derecho y las ideologías dominantes en una sociedad, en una época determinada:

*“La Constitución no solo es un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que también es expresión de un determinado nivel de desarrollo cultural, es expresión de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”*²⁵.

Sin despreciarla, ni mucho menos, esta disposición es justamente expresión de una de las características de las Constituciones, y por esta razón utiliza como acción impuesta a la República el verbo *procurar* conjugado en futuro, cuyo significado es hacer esfuerzos o diligencias para²⁶ la integración de Uruguay con Estados latinoamericanos y de estos en sí.

Por ello, esta norma no es un precepto, sino una disposición programática o, más precisamente, una norma declarativa, siguiendo la clasificación de normas constitucionales que propone Sagüés²⁷. No se trata de una norma que requiera de la reglamentación legal para su aplicación, como las programáticas, sino que contiene una expresión de la voluntad del constituyente que expone un umbral en pos de un ideal, cuyo medio natural para lograrlo sería toda actividad integracionista del Estado, incluida la aprobación de Tratados.

Como consecuencia, siguiendo al constitucionalista uruguayo José Korzeniak, la vocación de integración latinoamericana de la República, si bien es una orientación que el constituyente dio al gobernante, no contradice ni impide su integración en organismos internacionales, sean mundiales o regionales, ni la celebración de acuerdos comerciales con Estados puntuales, sean o no latinoamericanos:

*“Lo que sí resulta del inciso en análisis... es el carácter prioritario, de principal orientación, que la Carta otorga al latinoamericanismo. Es por eso que nominamos al tema como “de vocación latinoamericana”, con lo cual no quedan excluidos otros fenómenos de integración ...”*²⁸.

²⁵ HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre – diciembre 1998, núm. 54, p. 28

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª Edición.

²⁷ KORZENIAK, José, *Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional*, 3ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006, pp. 349–350.

²⁸ KORZENIAK, José, op. cit., nota 27, p. 350.

Esta prioridad, no excluyente, que otorgó el constituyente al latinoamericanismo, obedece además a la lógica jurídica propia del finalismo personalista que inspira a nuestra Constitución. En este sentido, la *vocación latinoamericanista*, al igual que cualquier otra expresión de ideas, valores o conceptos jurídicos indeterminados que da la Constitución, están infraordenados hacia su finalidad cardinal y la de nuestro Estado Constitucional de Derecho, que es la tutela y satisfacción de los derechos de las personas sea cual fuere su naturaleza, a partir de, entre otros, el Artículo 72, que declara insertos en la Carta todos los derechos y las garantías inherentes a la personalidad humana y a la forma republicana de gobierno, aun cuando no estén escritos en la misma y los citados Artículos 4 y 82²⁹.

Esto no debe entenderse en un sentido egoísta del individualismo, sino en que, en definitiva, el centro del Estado, como razón ontológica y finalidad de su existencia, es la protección y satisfacción del ser humano, sea cual fuere su origen y su condición. Incluso, en este sentido deben inteligirse las expresiones *interés público* o *interés general* o *bien común*, como conceptos solo admisibles si implican la satisfacción de los derechos de la mayoría de las personas que integran la sociedad o la satisfacción de los derechos de las personas que, si bien no conforman la mayoría en una sociedad civil, se encuentran en una posición más desfavorecida respecto del resto.

Por lo tanto, si el fin central del Estado uruguayo, y de su Constitución, es la plena satisfacción de los derechos de quienes habitan su territorio, aunque la integración con los Estados latinoamericanos pueda ser un medio prioritario para lograrlo, no quita que para cumplir con ese fin se pueda acordar con Estados que no sean latinoamericanos, pues tanto la idea del latinoamericanismo, como cualquier otro modo de integración en la Constitución actual, está infraordenado al fin tuitivo de los derechos previstos en nuestra Carta.

Sin perjuicio de lo señalado, el Artículo 6 inciso 2 de la Constitución tiene un derrame jurídico limitativo del accionar de los goberantes, que es no permitir una hipótesis en la cual se pretenda prohibir, impedir u obstaculizar la integración de Uruguay con otros Estados de latinoamérica, en cuyo caso sí se estaría ante un acto de carácter inconstitucional, pero no es éste el supuesto que se plantea en el caso.

²⁹ REAL, Alberto Ramón, “El Estado de Derecho-Rechtsstaat”, *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957, p. 589. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, Tomo I, Montevideo, Cámara de Senadores, 1988, reimpresión de 2001, pp. 134-137.

III. Apostilla: Arancel Externo Común y su irrelevancia jurídica a estos efectos

Finalmente hay quienes han mencionado temerariamente, aunque de forma aislada y atenuada, que la existencia de un Arancel Externo Común para los Estados que integran el MERCOSUR impediría jurídicamente la posibilidad de los Estados parte de negociar por sí acuerdos con otros Estados parte.

La cuestión en sí propia no presenta mayor interés analítico, pues es evidente que el Arancel Externo Común del bloque, conceptualmente, no representa un impedimento jurídico a tal posibilidad y menos aún podría serlo en el sistema jurídico del MERCOSUR dadas sus características ya analizadas.

De todos modos, se analizará sumariamente el punto, como apostilla del desarrollo hecho hasta acá y a los efectos de abordar el tema de forma integral.

El Artículo 1° del Tratado de Asunción dispone a este respecto: *“Este Mercado Común implica: ... El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados (...)”*

Complementariamente, el Artículo 5° del Tratado de Asunción, dice: *“los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común serán: c) Un arancel externo común, que incentive la competitividad externa de los Estados Partes.”*

Ambas disposiciones fueron materializadas por la Decisión N° 22 del 17 de diciembre de 1994 dictada por el Consejo Mercado Común, aprobando el Arancel Externo Común, sobre la base de un Nomenclátor de mercaderías, que ya ha recibido varias modificaciones.

Conceptualmente, tomando al Glosario de términos de la Organización Mundial del Comercio, en términos generales los aranceles pueden definirse del siguiente modo:

“Los derechos de aduana aplicados a las importaciones de mercancías se denominan aranceles. Los aranceles proporcionan a las mercancías producidas en el país, una ventaja en materia de precios con respecto a las mercancías similares importadas, y constituyen una fuente de ingresos para los gobiernos.”³⁰

A su vez, considerando el Glosario de términos de la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI, un arancel común se conceptúa del siguiente modo:

“Arancel Común o Regional se estructura para regir dentro de un espacio económico denominado, generalmente, Unión Aduanera, y en función de las relaciones entre los países que han suscrito un Acuerdo para ser aplicado a las mercancías provenientes de terceros países”³¹.

³⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tariffs_s/tariffs_s.htm

³¹ <http://www.aladi.org/nsfaladi/vbasico.nsf/1ed4a9f9b2b8176983256937003ec6b8/5599301ec89d48ad032574a2005ae3a2?OpenDocument>

Por lo que, desde el punto de vista meramente conceptual, carece de verosimilitud jurídica considerar al Arancel Externo Común del MERCOSUR como un impedimento jurídico, como un límite a la capacidad jurídica de los Estados parte para negociar por sí y al margen del bloque con otros Estados o agrupaciones de Estados.

A lo sumo, al proteger los productos originarios de los Estados del MERCOSUR y su circulación intra bloque, el Arancel Externo Común podría constituir una dificultad en las negociaciones que emprenda, por sí, un Estado parte con otros extra MERCOSUR, si estos acuerdos implican la importación de productos incluidos en el Nomenclátor de mercaderías alcanzadas por el Arancel. Una dificultad de tipo comercial en la negociación como esta, no importa una inhibición de la capacidad jurídica del Estado parte, sino un mayor esfuerzo negociador de su parte.

A su vez, desde la Decisión N° 22/94 del Consejo Mercado Común y la Resolución N°47/94 del Grupo Mercado Común, se autoriza a los Estados parte a exceptuar mercaderías del Arancel Externo Común en listas nacionales con un tope de ítems, incluso los Estados tienen regímenes especiales para automotores, bienes de capital, bienes de informática y telecomunicaciones, diversos textiles y azúcar, respecto de los cuales se permite ampliar el número de excepciones de una manera considerable.

También existe la posibilidad de llevar a cabo una reducción unilateral del Arancel en virtud de desabastecimiento, aunque de forma limitada, en los términos que establece la Resolución N° 69/00 del Grupo Mercado Común.

Por lo que, además de la irrelevancia jurídica, las excepciones también atemperan la dificultad de tipo comercial que el Arancel podría implicar para el Estado que emprenda una negociación por sí, al margen del bloque.

IV. Conclusión

A modo de conclusión, cabe expresar que en el sistema jurídico del MERCOSUR de vigencia actual, no existe razón jurídica alguna, sea normativa o dogmática, que impida al Estado uruguayo negociar y celebrar por sí, al margen del bloque, acuerdos comerciales con Estados o asociaciones de Estados de cualquier zona geopolítica.

Esta conclusión, es del destino inexorable de una serie de premisas a las cuales hemos arribado, utilizando, estrictamente, métodos y recursos de la ciencia jurídica, contemplando las características del sistema jurídico mercosuriano y el diseño del atributo de soberanía del Estado uruguayo en su Constitución.

En primer lugar, porque la Decisión N° 32/00, dictada por el Consejo del Mercado Común en el ya lejano año 2000, que ha sido el principal sustento de quienes sostienen que nuestra República carecería de tal potestad, aún no está vigente para los Estados parte.

En segundo lugar, porque a pesar de su redacción sinuosa, no es el sentido literal de la Decisión impedir a alguno de los Estados parte del MERCOSUR negociar y celebrar por sí, al margen del bloque, acuerdos comerciales con Estados o asociaciones de Estados, ni su interpretación puede arrojar tal inhibición.

En tercer lugar, porque aún si se entendiera que la Decisión contiene alguna previsión inhibitoria -que no la tiene-, como tal, en tanto Derecho derivado, debe ajustar su sentido al Tratado de Asunción, en tanto Derecho originario y de mayor jerarquía, que prima sobre el primero; en particular al Artículo 8 del Tratado, que es el que contiene alguna previsión sobre los acuerdos comerciales que los Estados parte del MERCOSUR pueden celebrar, y que no limita la posibilidad estudiada, sin perjuicio de las naturales instancias de coordinación.

En cuarto lugar, porque, para el Estado uruguayo, la premisa anterior se asienta en el estado actual del atributo de soberanía, desde el punto de vista exterior, tal cual está diseñado por la Constitución de la República en los Artículos 2, 4 y 82. El Estado uruguayo solo puede obligarse internacionalmente como tal, por actos internacionales que hayan sido ratificados soberanamente por sus Poderes representativos, y en la forma prevista por la Constitución, tal como ocurre con el Tratado de Asunción. Ello no significa que no pueda admitirse que órganos internacionales, con el poder de dictar actos jurídicos válidos, como el Consejo del Mercado Común, puedan obligar al Estado uruguayo, sino que dichos actos jurídicos podrán ser directamente aplicables en Uruguay, sí y solo sí son dictados dentro de los límites de los Tratados a partir de los cuales el Estado se obligó soberanamente.

En quinto lugar, porque la *vocación latinoamericanista* del Estado uruguayo que prevé la Constitución, no significa un límite inhibitorio a su posibilidad de celebrar acuerdos de tipo comercial con Estados no latinoamericanos, dado que la norma que la encapsula, el Artículo 6 inciso 2°, es declarativa y su operatividad jurídica limitada, además de estar infraordenada al fin último de la Constitución, que es la satisfacción de los derechos de los habitantes de la República. La integración con los Estados latinoamericanos puede ser un medio prioritario para lograr tal satisfacción, pero ello no impide que para cumplir con este fin, Uruguay pueda acordar comercialmente con Estados no latinoamericanos.

Por último, el Arancel Externo Común del MERCOSUR, tangencialmente referido como un límite jurídico, carece de aptitud conceptual para ser concebido como una cortapisa

a la capacidad jurídica de los Estados parte para negociar por sí y al margen del bloque con otros Estados o agrupaciones de Estados.

Por su puesto que otras valoraciones ideológicas, políticas, económicas, culturales o comerciales sobre la cuestión importan y mucho, pero son harina de otro costal, cuando el asunto se aborda, como en este trabajo, desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, 6ª edición, México D.F., Editorial Fontamara, 2014.
- ARBUET-VIGNALI, Heber - PUCEIRO RIPOLL, Roberto, *Derecho Internacional Público – Breviario*, Tomo II, 1º edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, mayo 2017.
- ARBUET-VIGNALI, Heber, “La soberanía hacia el siglo XXI: ¿Desaparición, divisibilidad o nuevos odres para añejos vinos?”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República, enero-junio 1999, núm. 15.
- BERGAMASCHINE MATA DIZ, Jamile, “El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultanea”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, Vol. 11, 2005, núm. 2, pp 227 - 260.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 3ª reimpresión de la 2ª edición, Santa Fe de Bogotá, editorial Temis S.A., 1999.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, PEROTTI, Alejandro, *El Derecho originario del MERCOSUR – Serie N° I*, 1ª edición, Buenos Aires, Editorial Marcial Pons, 2011.
- FERNÁNDEZ REYES, Jorge, *Curso de Derecho de la Integración*, 1ª edición, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2006.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, 1ª edición en rústica, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- HÄBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: análisis comparativo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre – diciembre 1998, núm. 54.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Nacional*, Tomo I, Montevideo, Cámara de Senadores, 1988, reimpresión de 2001.
- KORZENIAK, José, *Primer Curso de Derecho Público – Derecho Constitucional*, 3ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- PÉREZ OTERMIN, Jorge, *El Mercado Común del Sur. Aspectos Jurídico Institucionales*, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, junio 1995.
- REAL, Alberto ramón, “El Estado de Derecho - Rechtsstaat”, *Estudios Jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1957.
- RISSO FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, marzo 2015.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Buenos Aires, editorial Astrea, 2004.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

**ASPECTOS PROCESALES DEL RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA
EXTRANJERA A LA LUZ DEL FALLO “C., W. E. S/ OTRAS DILIGENCIAS”**

*Sonia BELDI LUGRIS** y *Julieta Andrea URMENETA***

Recibido: 01.03.19

Aceptado: 16.5.19

Resumen: La causa “C., W. E. S/ OTRAS DILIGENCIAS”, tramitó ante un Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Rosario y se trató de una acción de reconocimiento de sentencia extranjera que tenía como finalidad validar un testamento y designación de albacea, fallo resuelto en un Tribunal de Circuito de Peoria del Estado de Illinois, Estados Unidos de América.

Palabras claves: Reconocimiento de sentencia extranjera – Derecho Procesal – Norma de reciprocidad – Derecho Internacional Privado

**Procedural aspects of the recognition of foreign judgment in the light of the failure
“C., W. E. s / Other diligences”**

Abstract: The case "C., W.E. a. OTHER DILIGENCES", was resolved by the Court of First Instance of the city of Rosario and it was an action of recognition of foreign judgment, which had the purpose of validating a will and appointment of executor, ruling by the Circuit Court of Peoria of the State of Illinois, United States of America.

Key words: Recognition of foreign judgment - Procedural Law - Rule of reciprocity - Private International Law.

I. Introducción

El fallo “C., W. E. S/ OTRAS DILIGENCIAS”, tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 14ta. Nominación del departamento judicial de Rosario, en la Provincia de Santa Fe, Argentina.

La causa se inicia con el objeto de que se declare la validez de la Sentencia de Validación Testamento y Designación de Albacea, y como consecuencia se ordene su inscripción en el Registro de la Propiedad de Rosario, que fuere dictada el 20 de marzo de

* Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires (Diploma de Honor). Diplomada en Estudios Internacionales (Universidad de la República – Uruguay). Docente de la asignatura Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires. Contacto: sbl@estudiojuridicobl.com.ar

** Abogada egresada de la Universidad Nacional de Rosario. Posgrado en Derecho Laboral. Participante del programa de intercambio AUGM. Contacto: julietaurmeneta@outlook.com

2000 por el Tribunal de Circuito de Peoria, Illinois, Estados Unidos de América, en la sucesión del Sr. C., W. E., cuyo deceso ocurrió en la ciudad de Peoria, Illinois, Estado Unidos el día 26 de febrero del año 2000. Vale aclarar que, como se verá a continuación, el causante era titular del dominio de un inmueble que integraba el acervo hereditario en la ciudad de Rosario.

A continuación, se analizará el fallo desde los aspectos procesales que se tuvieron en cuenta para resolver el caso, con la intención de que sirva de guía para nuestros colegas.

II. Hechos del caso

El Sr. C., W. E. falleció el día 26 de febrero de 2000, en la ciudad de Peoria, Illinois, Estado Unidos, siendo en esta ciudad también su último domicilio. Asimismo, el causante había dejado un testamento de fecha de 07 de enero de 1993, en el que instituía como legataria a su ex cónyuge. Vale aclarar que, además, el Sr. C., W. E. tenía tres hijos.

Por tal motivo, se inicia el proceso sucesorio correspondiente, que tramitó ante el Tribunal de Circuito del Condado de Peoria, Illinois, en el que se decidió por la validación del testamento y por declarar herederos a sus tres hijos.

En base a esta resolución es que, tanto los herederos como la legataria, otorgan poder en Argentina para que se tramite el procedimiento que da motivo al presente comentario, con la finalidad de que se reconozca el decisorio del Tribunal de Estados Unidos, como así también, se proceda a inscribir la misma en el Registro de la Propiedad de Rosario; porque tal como se señala *ut supra*, el causante era propietario de un inmueble en dicha ciudad.

Es por tal motivo que se inicia el reconocimiento de sentencia extranjera, para solicitar la inscripción de la validación del testamento otorgado en el extranjero y así poder ejercer los derechos correspondientes sobre el bien inmueble.

III. Marco conceptual

Para comprender con mayor calidad la decisión del Juzgado en la causa del Sr. C.,W.E., resulta necesario partir de una breve introducción, que versara sobre conceptos y disposiciones propias del Derecho Internacional Privado.

Sin perjuicio de los acápites que siguen a continuación, resulta relevante enfatizar que no existe entre los Estados Unidos de América y la República Argentina un tratado internacional sobre la materia (reconocimiento de sentencia extranjera), por lo tanto, son aplicables al fondo de la cuestión, las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, y

procesalmente, las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.

1. Reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera

Teniendo en cuenta la clásica clasificación entre sentencias, las que se pueden distinguir entre sentencias declarativas, constitutivas o de condena, estas últimas son las que requieren ejecución, es decir, que tramiten bajo el procedimiento de exequátur.

La sentencia como la del caso en cuestión, al ser una sentencia declarativa, no requiere ejecución, sino que exige el reconocimiento de los Tribunales de este Estado¹.

Si bien, al tratarse de un reconocimiento de sentencia, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe carece de normas referidas a la materia, ante la laguna normativa, ésta deberá llenarse a través de la aplicación de las normas análogas de la ejecución de sentencia extranjera, en tanto sea compatible con el reconocimiento. Esto se debe a que la sentencia no requiere ser ejecutada, sino solamente reconocida, por tratarse de una sentencia declarativa y no de condena.

El juez de la causa, citando a Miguel Ángel Ciuro Caldani señala: “En relación a los efectos de la sentencia extranjera, el derecho procesal internacional distingue entre reconocimiento y ejecución de sentencias. El reconocimiento de la sentencia consiste en la admisión de la sentencia como fundamento para constituir situaciones posteriores válidas; mientras que la ejecución de sentencia es la actuación tendiente al cumplimiento de ésta en cuanto exige una prestación”².

2. Derecho extranjero

Otro tema fundamental, es el de la aplicación del derecho extranjero por parte de los jueces argentinos.

Conforme el art. 2595 inc. a) del CCCN, cuando el derecho extranjero resulta aplicable, el juez argentino deberá establecer su contenido e interpretarlo como lo harían los jueces extranjeros, en este caso de EEUU.

El artículo también habilita a las partes a alegarlo y probar su existencia. Sobre la prueba del derecho extranjero ante el cambio de normativa, tiene dicho la doctrina que es

¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 8va, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997, p. 429 y ss.

² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Los efectos de las sentencias extranjeras según el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*, T° 36, Santa Fe, Ed. Juris, 1970, p. 243 y ss).

más recomendable hacer mención a “informar” el derecho extranjero, puesto que ya fue superada la tesis de considerar al derecho extranjero como un mero hecho³. En ese sentido, en el **punto IV** se detallarán las normas que resultan aplicables a la cuestión⁴.

Al tratarse de una sucesión, que tiene dentro de su acervo hereditario, un bien inmueble situado en la República Argentina, será competente el juez del lugar de situación del bien. En el supuesto en el que deba aplicar el juez argentino una norma extranjera, deberá hacerlo tal y como lo harían los jueces del Estado del que su derecho se aplica.

El art. 2595 inc. a) del CCCN, modificando el régimen anterior del CC de Vélez, dispone que el juez, de oficio, deberá aplicar el derecho extranjero, recogiendo la teoría del uso jurídico de Goldschmidt, en concordancia con el art. 2 de la CIDIP de Normas Generales.

3. Jurisdicción

Resulta importante afirmar que este tipo de procesos se enmarca dentro del Derecho Internacional Privado y tenemos dos tribunales judiciales involucrados: por un lado el tribunal de origen, conocido como el juez requirente; y por el otro el tribunal de destino, denominado juez requerido, que es a quien se le solicita el reconocimiento de la sentencia.

En el caso de autos, no se cuestiona la competencia del juez del Estado de Illinois, para entender en el sucesorio, puesto que el último domicilio del causante ha sido en Illinois. Sin embargo, para el reconocimiento de la sentencia extranjera en la República Argentina, teniendo en cuenta que la finalidad es inscribir el inmueble (que constituye parte del acervo hereditario) en el Registro de la Ciudad de Rosario, se aplica la regla de *lex situs*, siendo competente en este caso el juez argentino para entender en el asunto.

La competencia se desplaza a favor del juez argentino cuando hay bienes inmuebles o muebles de situación permanente ubicados en nuestro país⁵.

Respecto a la competencia del juez rosarino, es consecuencia de la existencia en el acervo sucesorio de un inmueble situado en la ciudad de Rosario (*Lex loci rei sitae*). Y es

³ BUERES, Alberto, *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, Comparado y Concordado*, Tomo II, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2015, p. 657.

⁴ Vale aclarar que en el caso en cuestión, el juez solicitó la traducción de la norma aplicable del Código Procesal Civil del Estado de Illinois.

⁵ Consultar: HOOFT, Eduardo, *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, p. 54 y sgtes., y jurisprudencia que cita; PALLARES, Beatriz: en “FerrerMedina: Código Civil Comentado”, Tº1, 2da Edición, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 2011, t. I, coment. art. 3283, p. 92/93 y 95; CNCiv Sala A, 29/4/92, La Ley 1993-B-441, n° 8820; CNCiv Sala K, 6/6/07, E.D. 223-521

también competente a los fines de ordenar la inscripción de la sentencia extranjera en el Registro de la Propiedad. Es decir, no es objeto del proceso del fallo “C., W. E. S/ OTRAS DILIGENCIAS” la relación jurídica sustancial que motivare el proceso sucesorio foráneo, sino el fallo extranjero en sí mismo, para verificar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en el país.

Si bien, estrictamente el exequátur procedería sólo respecto de sentencias de condena, pues son las que se pueden ejecutar, en la práctica también se lo requiere y se lo concede para sentencias declarativas, por ejemplo cuando se pretende hacerlas valer a los fines de lograr su inscripción en los registros de nuestro país.

Para poder reconocer una sentencia extranjera, se deberá comprobar si reúne los requisitos a los que el ordenamiento interno supedita sus efectos⁶.

Los recaudos en el derecho procesal de la Provincia de Santa Fe se encuentran en los artículos 269, 270 y 271 del CPCyCSF⁷.

Se analizará la normativa a continuación en el **punto IV**.

4. Sucesión internacional

En el presente acápite no se analizará la regulación de la jurisdicción internacional y el derecho aplicable en materia sucesoria en los Tratados Internacionales, sino en las normas contenidas en el Derecho argentino. “En materia sucesoria, por tratarse de un tema ‘sensible’ para los Estados, tanto por razones económicas como soberanas, son escasos los ámbitos convencionales⁸.”

En la causa “Suárez Roca, Heberto J. y otros s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera” de la Cámara Nacional Civil, sala B, del 04.12.2013, se diferencian los tres sistemas que son utilizados en las normas de Derecho Internacional Privado, en materia sucesoria: “i) el de la unidad sucesoria – un solo juez y una sola ley-; ii) el de la pluralidad sucesoria – tantos jueces y ordenamientos como bienes tenga el causante en cada territorio –; iii) el sistema mixto que sostiene la pluralidad para el caso de los bienes inmuebles y la unidad para el caso de los bienes muebles”

⁶ PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, T. VII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 316.

⁷ Sin perjuicio de que se esté refiriendo al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, los mismos requisitos se requieren en la mayoría de los ordenamientos jurídicos provinciales.

⁸ FEUILLADE, Milton, “Jurisdicción Internacional y Derecho Aplicable en Materia Sucesoria en el Código Civil y Comercial”, en CALVO COSTA, Carlos, *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, Tomo V, Ed. 1ª, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2016, p. 1071.

Partiendo de esa base, en caso en cuestión presentó la particularidad de que, si bien correspondía aplicar el derogado código de Vélez Sarsfield, conforme a la fecha de deceso del causante, el juez optó por aplicar el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil establecía lo siguiente:

Art. 3.284. La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto (...).

Art.3611.- La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar.

Art.3612.- El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación dispone lo siguiente:

Art. 2643.- Jurisdicción. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos.

Art. 2644.- Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

Art. 2645.- Forma. El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

En el próximo punto se verá más detalladamente.

IV. Derecho involucrado - análisis de la normativa aplicable al fallo

Como ya se ha mencionado, no existiendo con Estados Unidos tratado o convención internacional específica en la materia, la parte requirente solicitó que se aplicaran al caso las normas de derecho internacional privado contenidas en el Código de Vélez, tratándose de una persona cuyo deceso fue con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, el juez rosarino consideró aplicable el CCyC a pesar de que la fecha de fallecimiento del causante fue con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código. Interpretando el art. 7 del CCyC, si la muerte del causante fue con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, será aplicable el Código de Vélez, aplicando el principio de irretroactividad de las leyes. Sin embargo, en este caso, el juez considera pertinente aplicar los art. 2644 (ya mencionado), como así también el art. 2645 del CCyC, el que dispone que el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas

por la ley del lugar de otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testados al momento de testar o por las formales legales argentinas, situación que se ha configurado en el caso en cuestión.

En cuanto al análisis del caso desde la mirada del Derecho Procesal, el CPCC de la provincia de Santa Fe resulta aplicable. Los requisitos del reconocimiento de sentencia extranjera, se encuentran regulados en los artículos 269 y siguientes.

En el Título Cuarto, Sección II, se encuentran las disposiciones referidas a la ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero.

Se reitera que el CPCCSF carece de normas referentes al reconocimiento de sentencia extranjera propiamente dicho. “La inexistencia de disposiciones referentes a reconocimiento produce una carencia normativa que entendemos, ante las falencias que reviste la normatividad que estamos comentando, se deben integrar elaborando normas en analogía a la fuente convencional más próxima al país en que se trate. Aunque en principio la integración debería ser colmada con normas análogas a las de la ejecución, creemos que el CPCC santafesino no es un verdadero código en materia procesal internacional; por ello no se puede autointegrar el ordenamiento normativo recurriendo al mismo”⁹.

Aunque descreído de las normas procesales internacionales del código de rito local, el comentarista admite que la laguna referente al reconocimiento de sentencia extranjera deberá hacerse con las normas análogas a las de la ejecución, en cuanto se adapten al proceso de reconocimiento.

En el presente caso, se solicita el reconocimiento, debido a que estamos frente a una sentencia declarativa. “Mientras que respeto de las sentencias declarativas y constitutivas, su reconocimiento es suficiente para desplegar efectos, las sentencias de condena requieren ser ejecutadas a través del trámite de *exequatur* para ser eficaces”¹⁰.

Es decir, que puede haber reconocimiento sin que haya ejecución, mientras que no va a poder proceder la ejecución si no ha existido previamente el reconocimiento. En el caso de C., W. E., se solicitó el reconocimiento de la sentencia extranjera a los fines de que sea inscripta en el Registro de la Propiedad de Rosario.

⁹ CHAUMET, Mario, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, tomo I, 2da Edición, Santa Fe, ed. Juris, 2000, p.761.

¹⁰ SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters - La Ley, 2017, p. 272.

Sobre los requisitos previstos en el art. 269, se confirmó que han sido cumplimentados. El artículo dispone lo siguiente:

“ARTICULO 269. Las sentencias dictadas en país extranjero, cuando no medien tratados referentes a su cumplimiento en la República, se harán efectivas si reúnen las condiciones siguientes:

1ro. Que no invadan la jurisdicción de los tribunales del país.

2do. Que no hayan sido dictadas en rebeldía si el demandado tenía su domicilio en la República.

3ro. Que sean lícitas según las leyes de la República y que no afecten el orden público.

4to. Que la ejecutoria reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en la nación en que haya sido dictada.

5to. Que se presente en las condiciones de autenticidad exigidas por las leyes nacionales.”

A continuación se analizará cada inciso del art. 269:

1. La sentencia que se solicita reconocer, fue dictada por el tribunal competente conforme el derecho aplicable. Al no existir Tratado Internacional vigente entre los Estados involucrados (Argentina y Estados Unidos de América), se aplican las normas de Derecho Internacional privado del Código Civil de Vélez, más específicamente el art. 3284 que dispone lo siguiente: “La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto”. Por lo tanto, los jueces competentes para atender la sucesión son los de Estados Unidos de América, dado que ha sido el último domicilio del causante. La competencia del juez estadounidense, resulta competente de acuerdo a las leyes argentinas.

Como ya se ha mencionado, el juez rosarino consideró aplicable el Código Civil y Comercial de la Nación, respecto a la jurisdicción internacional en materia sucesoria, que conforme al art. 2644, será juez competente para entender en la sucesión el juez del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Al reconocer la declaratoria de herederos del causante, luego se procederá a iniciar la inscripción por ante el Registro de la Propiedad Inmueble el sucesorio, dado que el bien que integra el acervo se encuentra situado en Rosario, Santa Fe.

2. No se ha dictado en rebeldía la sentencia extranjera, y se respetó el debido proceso. Vale aclarar que se trató en Estados Unidos de un proceso voluntario y se habían presentado todos los herederos forzosos y también la legataria en el sucesorio.

3. No afecta el orden público internacional argentino y es lícita la sentencia extranjera.

4. La sentencia reúne los requisitos formales y se ha respetado el debido proceso.

5. Se presenta en condiciones de autenticidad exigidas por las leyes argentinas. En el caso se presentaron los siguientes instrumentos extranjeros:

5. 1. Copia certificada de la sentencia dictada por el Tribunal de Circuito del Condado de Peoria, Illinois, de fecha 20 de marzo de 2000.

5. 2. Copia certificada del Poder para la disposición de bienes de la ex cónyuge del causante.

5. 3. Copia certificada del Poder para la disposición de bienes de los hijos del causante.

Toda la documentación fue debidamente intervenida por el oficial público del Estado de Illinois, como así también apostillada y traducida al español por traductor público matriculado.

Por otra parte, el art. 270 del Código Procesal civil y comercial santafesino dispone que: *“Si en la nación en que se hubiere dictado la sentencia, se exigiese para dar efecto a las pronunciadas en la República otras condiciones además de las expresadas, se considerará que ellas son también exigidas por este Código, y si allí no se diere cumplimiento a las sentencias de los tribunales argentinos, dicha sentencia no tendrá fuerza en la provincia.”*

Aquí se encuentra la exigencia de reciprocidad, que también se encuentra cumplida la exigencia de reciprocidad, ya que existe en el Código Procesal Civil del Estado de Illinois (lugar donde se dictó la sentencia que se pretende reconocer en autos) normas de reconocimiento de sentencias extranjeras con similares requisitos que los previstos en nuestra normativa procesal provincial.

La norma de reciprocidad se encuentra regulada en la el Capítulo 735 de las Leyes Compiladas del Estado de Illinois (ILCS por sus siglas en inglés), Ley 5 – Código Procesal Civil, Artículo XII, Título Sentencias – Ejecución, Part 6: Sentencia extranjera y reclamos de moneda extranjera, sección 12-664 del Código Procesal Civil del Estado de Illinois, que reza lo siguiente de acuerdo a su traducción¹¹:

¹¹ Su texto en inglés es el siguiente: *“Sec. 12-664. Standards for recognition of foreign-country judgment.*

(a) Except as otherwise provided in subsections (b) and (c), a court of this State shall recognize a foreign-country judgment to which this Act applies.

(b) A court of this State may not recognize a foreign-country judgment if:

(1) the judgment was rendered under a judicial system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law;

(2) the foreign court did not have personal jurisdiction over the defendant; or

(3) the foreign court did not have jurisdiction over the subject matter.

(c) A court of this State need not recognize a foreign-country judgment if:

(1) the defendant in the proceeding in the foreign court did not receive notice of the proceeding in sufficient time to enable the defendant to defend;

(2) the judgment was obtained by fraud that deprived the losing party of an adequate opportunity to present its case;

“SECC. 12-664. Normas para el reconocimiento de sentencias de país extranjero:

a. Salvo que se disponga lo contrario en los incisos b. y c., un Tribunal de este Estado reconocerá la sentencia de un país extranjero a la que se aplica esta ley.

b. Un Tribunal de este Estado puede no reconocer la sentencia de un país extranjero si:

b.1. La sentencia se dictó en un sistema judicial que no cuenta con tribunales imparciales o procedimientos compatibles con los requisitos del debido proceso legal;

b.2. El Tribunal extranjero no tenía competencia personal sobre el demandado; o

b.3. El Tribunal extranjero no tenía competencia en razón de la materia.

c. Un Tribunal de este Estado no tiene la obligación de reconocer la sentencia de un país extranjero si:

c.1. El demandado en el procedimiento ante un tribunal extranjero no recibió la notificación del procedimiento con tiempo suficiente que le permita al demandado defenderse;

c.2. La sentencia se obtuvo mediante fraude que privó a la parte vencida de una oportunidad adecuada para exponer su caso;

c.3. La sentencia o la pretensión en la que se basa la sentencia es incompatible con el orden público de este estado o de los Estados Unidos;

c.4. La sentencia entra en conflicto con otra sentencia firme e inapelable;

c.5. El procedimiento en el Tribunal extranjero era contrario a un acuerdo entre las partes en virtud del cual se disputa en cuestión debía resolverse de otro modo y no mediante procedimiento en ese Tribunal extranjero;

c.6. En el caso de competencia basada únicamente en la notificación personal de un acto procesal, el Tribunal extranjero era un foro seriamente inconveniente para la acción judicial.

c.7. La sentencia se dictó en circunstancias que plantean duda sustancial sobre la integridad del Tribunal otorgante con respecto a la sentencia; o

(3) the judgment or the cause of action on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this State or of the United States;

(4) the judgment conflicts with another final and conclusive judgment;

(5) the proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute in question was to be determined otherwise than by proceedings in that foreign court;

(6) in the case of jurisdiction based only on personal service, the foreign court was a seriously inconvenient forum for the trial of the action;

(7) the judgment was rendered in circumstances that raise substantial doubt about the integrity of the rendering court with respect to the judgment; or

(8) the specific proceeding in the foreign court leading to the judgment was not compatible with the requirements of due process of law.

(d) A party resisting recognition of a foreign-country judgment has the burden of establishing that a ground for nonrecognition stated in subsection (b) or (c) exists.”.

c.8. El procedimiento específico en el Tribunal extranjero que pronunció la sentencia no era compatible con los requisitos del debido proceso legal.

d. La parte que se opone al reconocimiento de la sentencia de un país extranjero tiene la carga de probar la existencia de un motivo para el no reconocimiento establecido en el inciso b. o c.”.

Es decir, de acuerdo al derecho del Estado de Illinois, se deben cumplir requisitos similares a los que dispone la legislación procesal santafesina, haciendo especial hincapié en el debido proceso, como así también en la competencia del juez foráneo, en que no sea contraria al orden público, que no haya sido dictada en fraude a la ley, y que haya cosa juzgada formal y material.

V. Otros aspectos del proceso a tener en cuenta

Durante el trámite del proceso, el juez le solicitó a la mandataria lo siguiente:

1. Publicación de edictos por el plazo de 30 días.
2. Traducción de la norma de reciprocidad del ordenamiento jurídico del Estado de Illinois.
3. Oficio al Registro de Procesos Universales, para que informe si se había iniciado un juicio sucesorio del Sr. C.,W.E., el que manifestó que no registra otro proceso iniciado sobre el causante.
4. Asimismo, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal para evitar futuras nulidades, institución que consideró que nada tenía que observar en el procedimiento.

VI. Decisión

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial 14ta. Nominación del departamento judicial de Rosario, en la Provincia de Santa Fe, Argentina; resolvió tener por reconocidos los efectos de la sentencia extranjera de validación de testamento y designación de Albacea dictada por el Tribunal de Circuito de Peoria, Illinois, Estados Unidos.

VII. Conclusiones

A partir del análisis del fallo “C., W. E. S/ OTRAS DILIGENCIAS”, se intentó resaltar elementos que resultan fundamentales a la hora del reconocimiento de una sentencia extranjera, en este caso en concreto, por parte de los Tribunales domésticos argentinos.

Si bien se parte de la normativa procesal de la Provincia de Santa Fe, esta no dista de lo dispuesto por otros códigos procesales provinciales, por lo tanto, son recaudos a tener en

cuenta toda vez que se trate de validar una sentencia foránea en la República Argentina, considerando que no existe tratado internacional vigente entre los Estados (Estados Unidos y Argentina) sobre la materia.

Como ya se ha mencionado, sin perjuicio de tratarse del reconocimiento de una sentencia extranjera, y al no contener normas expresas sobre ello el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, se aplica de manera analógica las pautas para la ejecución de una sentencia extranjera, que se encuentran contempladas en el art. 269. En este caso, la sentencia debe reunir tantos requisitos de forma como de fondo. Estos últimos son: 1. Que la sentencia haya sido dictada por un juez competente; 2. Que no haya sido dictada en rebeldía; 3. Que la sentencia sea lícita y no afecte el orden público; 4. Que reúna requisitos formales de acuerdo al Estado en el que fue dictada, y; 5. Que se presente en las condiciones de autenticidad. Estos dos últimos requisitos, se refiere a los recaudos formales que debe reunir la sentencia, siendo un requisito *sine qua non*, presentar copia de la sentencia que se pretende que sea reconocida, o bien apostillada, o bien con legalizada si el país no forma parte del Convenio de la Haya.

Otro elemento fundamental, es identificar la existencia de una norma de reciprocidad en el Estado que dictó la sentencia, es decir, Argentina va a reconocer una sentencia extranjera, siempre y cuando, ese Estado también reconociera una sentencia Argentina.

Bibliografía

- BUERES, Alberto, *Código Civil y Comercial de la Nación, Analizado, Comparado y Concordado*, Tomo II, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2015.
- CHAUMET, Mario, *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe*, tomo I, 2da Edición, Santa Fe, ed. Juris, 2000.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Los efectos de las sentencias extranjeras según el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe*, T° 36, Santa Fe, Ed. Juris, 1970.
- FEUILLADE, Milton, "Jurisdicción Internacional y Derecho Aplicable en Materia Sucesoria en el Código Civil y Comercial", en CALVO COSTA, Carlos, *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, Tomo V, Ed. 1ª, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2016.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 8va, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1997.
- HOOFT, Eduardo, *Sucesión hereditaria. Jurisdicción internacional y ley aplicable*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, p. 54 y sgtes., y jurisprudencia que cita.
- PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil*, T. VII, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- PALLARES, Beatriz: en "Ferrer - Medina: Código Civil Comentado", T°1, 2da Edición, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 2011, t. I, coment. art. 3283, p. 92/93 y 95;
- SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters - La Ley, 2017.

Jurisprudencia consultada:

CNCiv Sala A, 29/4/92, La Ley 1993-B-441, n° 8820.

CNCiv Sala K, 6/6/07, E.D. 223-521.

“Suárez Roca, Heberto J. y otros s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extranjera” de la Cámara Nacional Civil, sala B, del 04.12.2013

**“SOBRE LA CORRECTA UTILIZACIÓN DE FUENTES EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO”**

**Comentario al fallo “Escobar de Meaurio, Mavis Rosa s/sucesión ab-intestato”
(CNA Civil, Sala I)**

*Susana Esther LEAL**

Recibido: 01.03.19

Aceptado: 16.5.19

Resumen: Uno de los principales problemas que pueden detectarse cuando las relaciones jurídicas poseen elementos internacionales -relevantes- es la mala aplicación del Derecho Internacional Privado en su conjunto. En el presente trabajo, analizaremos como judicialmente se llega a una resolución mediante una incorrecta interpretación y aplicación de las fuentes de nuestra materia. El Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo este lineamiento junto con lo plasmado en varias convenciones, vienen a reforzar la jerarquización de las fuentes mediante un refuerzo normativo de aquello que la CN plasmó y que parece no tener la suficiente autonomía para bastar.

Palabras claves: Fuentes del derecho – Jurisdicción Internacional – Código Civil y Comercial de la Nación – Derecho Internacional Privado.

“On the correct utilization of sources in private international law”

Comment to the ruling "Escobar de Meaurio, Mavis Rosa s / succession ab-intestato" (CNA Civil, Room I)

Abstract: One of the main problems that can be detected when legal relations have international elements -relevant- is the misapplication of Private International Law as a whole. In the present work, we will analyze how judicially a resolution is reached through an incorrect interpretation and application of the sources of our subject. The Civil and Commercial Code of the Nation maintains the guidelines embodied in several conventions, reinforcing the hierarchy of the sources of what the CN captured and that does not seem to have enough autonomy to suffice.

Key words: Sources of Law - International Jurisdiction - Civil and Commercial Code of the Nation - Private International Law.

I. Breve aproximación al tema

El presente fallo trata sobre uno de los tres objetos del Derecho internacional Privado (DIPr): la jurisdicción internacional. Ésta puede abordarse como directa, indirecta o la llamada prórroga o elección de jurisdicción. La primera refiere al Estado que es competente

* Abogada y Maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Adjunta de la materia Derecho Internacional Privado en la Universidad Abierta Interamericana. Profesora de Enseñanza Primaria. Alumna del Profesorado en Ciencias Jurídicas.

para resolver un caso, la segunda al auxilio o cooperación internacional y el tercer aspecto comprende la facultad de las partes para elegir una competencia judicial o árbitro por medio del uso de la autonomía de la voluntad.

A la jurisdicción internacional directa se la define como "...el poder que tiene un país, derivado de su soberanía, para resolver un caso de derecho privado con elementos extranjeros, o un caso mixto con el cual el Estado al cual se atribuye aquélla considera que tiene una relación relevante a tales efectos"¹. Ella indica, según define Feldstein de Cárdenas "El poder del Estado para entender en una controversia que le es sometida; en esta hipótesis el juez o el árbitro se plantea el interrogante si es competente para dirimir una determinada desavenencia"².

Ante la aparición de un caso iusprivatista internacional hay que definir a que Estado le corresponde la jurisdicción y para esto debemos recurrir a las fuentes, quienes nos indicarán a que derecho corresponde la resolución.

En el presente caso se recurre en forma directa al Código Civil y Comercial de la Nación como fuente atributiva de jurisdicción, pero para analizar la solución alcanzada por el fallo en cuestión debemos estudiar la relación entre las fuentes del derecho internacional privado.

II. Marco Teórico

Entendemos por fuentes del derecho internacional: principios generales del derecho internacional, jurisprudencia nacional e internacional, doctrina, costumbre, tratados y ley. Erik Jayme explicó, en el curso que brindó en la Academia de la Haya, que la pluralidad de fuentes requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia, dado que en la actualidad hay legislación convergente, en el derecho interno y en el derecho internacional. A esto Jayme lo denomina "diálogo de fuentes", es decir a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes.³

¹ CNCiv, Sala B 26/12/1997, "S.M., M.C. c. A., P.C", La Ley, 1998-D, 144.

² FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 480.

³ SCOTTI, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1º Edición, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 280.

1. Jerarquía de las fuentes en el derecho argentino

Haciendo un análisis de la jerarquía entre las fuentes a través del tiempo en el ordenamiento argentino nos encontramos con el Art. 31 de la Constitución Nacional único ordenamiento referido al tema en la Constitución de 1853, el cual dice “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras so la ley suprema de la Nación...”.

Este artículo no indica un orden de prelación entre los tratados y las leyes, por lo que fue la jurisprudencia la que se encargó de establecerla. En el año 1963, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el fallo “Martín y Cía. Ltda., S.A. c/ Administración General de Puertos” no atribuye prelación ni superioridad a los tratados ni a las leyes, apoyándose en la teoría de la coordinación, califica a ambos como ley suprema de la Nación (Considerando Sexto) y toma como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica la aplicación del principio “ley posterior deroga ley anterior”. Entonces debido a que la ley es posterior al tratado celebrado y ratificado con anterioridad a esta ley, resuelve que la ley es modificatoria del tratado. Esta jurisprudencia va a continuar vigente, con la oposición en doctrina de G. Bidart Campos en el ámbito constitucional y con W. Goldschmidt, en el ámbito del DIPr quienes opinan que esta doctrina jurisprudencial conlleva al incumplimiento de los deberes internacionales.

En el año 1992 la Corte, dando un giro doctrinario fundamental, en el fallo “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” dispone que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Funda su decisorio en el Art. 31 ut supra, y en el Art. 27 de la CN el cual prescribía “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que están en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ésta Constitución”. De la inteligencia de estos dos artículos se infiere la superioridad de la Constitución sobre los tratados.

Luego cita en los considerandos 16 y 17 que la violación de un tratado internacional implicaría violentar un acto complejo federal ya que para la vigencia del mismo hay un desempeño del Poder Ejecutivo en la conclusión y firma de un tratado, uno del Poder Legislativo cuando lo desecha o aprueba mediante leyes federales y nuevamente la actuación del Poder Ejecutivo Nacional al ratificar los tratados aprobados por la ley.

A su vez en la fundamentación del considerando 18 recurre a un fundamento de derecho internacional, citando a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por nuestro país en 1972 y que entró en vigencia en 1980, que provee directrices obligatorias para los estados parte. El Art. 26 establece el *pacta sunt servanda* que dispone que

los tratados están hechos para ser cumplidos de buena fe, y el Art.27 que dice que una parte no puede invocar su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado.

Vemos de este modo como a partir de este fallo la Corte se enrola en la teoría monista con supremacía de derecho internacional privado, aunque lo hace refiriéndose a un tratado de derechos humanos. Igualmente siguiendo esta doctrina en el fallo “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande”, del año 1993 abonando esta misma doctrina, establece jerarquía de los tratados respecto a las leyes extendiéndolo a todos los tratados, no sólo a uno de derechos humanos, aclarando que esta superioridad se establece una vez “resguardados los principios de derecho constitucional” adoptando entonces la postura monista supremacía de derecho internacional privado relativa.

Esta doctrina se va a extender a todos los tratados al incluir un fallo donde se considera la supremacía de un tratado de comercio: el fallo “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)” del año 1994. Con una continuidad doctrinaria histórica la CSJN cita en su considerando 22 unas significativas palabras de Alberdi, quien en su obra “Bases y puntos de partida para la organización política de la República” dice: “Firma de tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y tránsito, les serán respetados. Estos tratados serán la parte más bella de la Constitución; la parte exterior, que es la llave del progreso de estos países, llamados a recibir su acrecentamiento de fuera” (pag. 69) “...Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución (...). En cuanto a su observancia, debe ser fiel por nuestra parte para quitar pretextos de ser infiel al fuerte” (pag.190).

Nuestro estado ha adoptado sin lugar ya a dudas, con la reforma constitucional de 1994 la concepción monista con supremacía del derecho internacional privado relativa al establecer en su Art. 75 Inc. 22 “(...) Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (...)”

2. Interpretación de la ley

Luego de la exposición, no quedan dudas que frente a un caso iusprivatista para resolver cuestiones de competencia o de derecho aplicable hay que recurrir primero a los tratados, es decir ponerse en la búsqueda de algún tratado que, sobre el tema a dilucidar, nos vincule con él o los otros estados que surjan de la causa. De existir, el mismo deberá ser aplicado antes de recurrir a la ley interna, la cual sólo será aplicada si no existiera un tratado o si de existir mandara a aplicar nuestra ley.

Como refuerzo a esta jerarquía, el CCCN dispone dos normas que referencian esta temática. En primer lugar, siendo la primera disposición dedicada al DIPr, el art. 2594 nos habla de la prelación normativa a la hora de determinar el derecho aplicable expresando que las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna. En consonancia con ello, y ya hablando en materia de jurisdicción internacional, el art 2601 se convierte en su contrapartida al establecer que la competencia de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.

En ambos casos, podemos ver como el legislador dejó de modo visible y claro para todo operador jurídico el sistema local en materia de fuentes.

III. Hechos del caso

El día 11 de noviembre de 2003 la Sra. Mavis Rosa Escobar Gavilán fallece en la ciudad de Asunción, República del Paraguay, lugar en el que aparentemente se domiciliaba. Al momento de fallecer era titular de un inmueble situado en la Av. Corrientes 4079/81 de la ciudad de Buenos Aires en Argentina. El cónyuge Sr. Oscar Meaurio Duarte inicia el proceso sucesorio en nuestro país fundando la competencia del juzgado en razón de la ubicación de dicho bien.

Quienes dijieran ser hijos de la Sra. Escobar Gavilán pretendieron iniciar su sucesión ante el mismo tribunal fundando dicha pretensión de competencia en que el último domicilio de la causante estaba ubicado en esta ciudad. Por no producir información sumaria que acreditara este domicilio el juez se declaró incompetente y dispuso el archivo de la causa.

A continuación, el juez de primera instancia rechaza la radicación de la causa ante el tribunal por falta de conexidad y desestimó *in limine* el proceso sucesorio iniciado por el cónyuge que apela ante esta resolución.

En la Cámara Civil, los jueces de la Sala I argumentan en el Art. 696 del Código Procesal: “Cuando se hubiesen iniciado dos juicios sucesorios, uno testamentario y otro ab intestato para su acumulación prevalecerá, en principio el primero. (...) el mismo criterio se aplicará en caso de coexistencia de juicios testamentarios o ab intestato”; determinando que al tratarse de la misma causante y de un supuesto de doble iniciación el fallo debe ser

revocado siendo que el juez luego de denegar la existencia de conexidad automática, debió haber remitido las actuaciones para su sorteo y posterior adjudicación a un nuevo magistrado.

Cuando justifica la cuestión de fondo señala que en el inicio del primer expediente se solicitaba la competencia del juzgado no por el último domicilio de la causante sino por la ubicación del inmueble que integra el patrimonio hereditario. Justifica en el Art. 2.643 de Código Civil y Comercial: “Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos”. Considera la Cámara que por ser un aspecto procesal resulta aplicable el CCCN aunque el fallecimiento de la causante hubiese tenido lugar con anterioridad a la vigencia del mismo.

Igualmente consideran que fundando en el Art. 10 del Código Civil derogado, el cual fundamenta históricamente la norma del nuevo CCCN, tratándose de la jurisdicción argentina en razón del fuero del patrimonio: Si el último domicilio del causante se halla en el extranjero pero existen bienes raíces en la República, se debe abrir la sucesión en el país. Esta jurisdicción argentina se asume sobre la base de la localización de los bienes relictos siendo exclusiva y excluyente por fuertes motivos de orden público y soberanía⁴.

Es así, que la Cámara al ver acreditada la existencia de un inmueble en Buenos Aires de titularidad de la Sra. Escobar Gavilán, determina que este fuero civil es competente en lo que estrictamente se refiere a ese bien.

Por todo este fundamento decidió revocar el fallo de primera instancia dejando radicado el proceso sucesorio ante el Juzgado Nacional en lo Civil 48, quedando a cargo del juez de grado su apertura y posterior proceso.

IV. Análisis del caso

Si observamos tanto el fallo de primera instancia como el de Cámara, podemos ver que en ningún momento analizaron la cuestión desde una correcta óptica del derecho internacional privado.

Para definir el DIPr, lo podemos hacer como “aquel que comprende las relaciones jurídicas que contienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o

⁴ BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones Privadas Internacionales*, 4ª. Ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, pp. 492 - 494.

penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente”⁵.

No se analiza la situación de que la causante tiene aparentemente su último domicilio en la ciudad de Asunción, estado de Paraguay. Esta situación le da a la causa el elemento extranjero ostensible aparentemente y que de ser oculto podría haberse informado sumariamente al caso, por lo que configura un caso iusprivatista con un elemento extranjero. Además, siguiendo la definición antedicha vemos que está comprometido el interés de una persona privada, y que se plantea el problema de la jurisdicción competente.

Observamos que cuando aplican el CCCN recurren al artículo 2643, el cual está ubicado en el Título IV, que se denomina “Disposiciones de derecho internacional privado”. Entonces esto significa que se consideró el caso definido como de DIPr. Esta situación traería entonces necesariamente aparejada la cuestión del diálogo de fuentes, la cual no se observa en ninguno de los fallos, ni en Primera ni en Segunda Instancia.

En ningún momento se toma en cuenta la Constitución Nacional, en su artículo 75 inc. 22, ya que no se analiza siquiera la posibilidad de aplicar una fuente de derecho diferente al Código Procesal Nacional o al Código Civil y Comercial de la Nación.

Si tomamos en cuenta esta situación vemos que antes de recurrir al derecho invocado, al ser un caso que tiene conexión con el estado de Paraguay corresponde aplicar el Tratado de Montevideo de 1940 sobre derecho civil internacional, del cual tanto la Argentina como Paraguay son Estados Parte y que está en vigencia.

A su vez de la lectura del Tratado observamos que el Título XIV refiere: De la Jurisdicción, y en su artículo 56 dice “Las acciones personales deben establecerse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia de juicio (...)” De la inteligencia del tratado vemos que en el Título XII, habla De las sucesiones y en su art. 44 dice: “La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento (...)” y a continuación en el artículo siguiente, el 45, enuncia: “La misma ley rige: (...) f) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.”

Entonces del análisis de la norma vemos que la solución se encuentra en el tratado de Montevideo, fuente a la que se debió recurrir como antes se mencionara, en virtud del art. 75, inc.22 de nuestra Carta Magna.

⁵ BIOCCA, Stella Maris, CÁRDENAS, Sara, BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado, Parte General*, 2º Edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2003, p. 20.

Ahora bien, vemos que la jurisdicción debe abrirse en el lugar donde están los bienes (nótese que el tratado no distingue entre bienes muebles o inmuebles, ya que siguiendo la tradición savigniana, no se diferencian, a su vez la solución se refiere a la pluralidad de las sucesiones, ya que remite al lugar de ubicación del bien). El bien del acervo hereditario está ubicado en la ciudad de Buenos Aires, por lo tanto debe abrirse la jurisdicción en esta ciudad y aplicarse la ley del estado argentino durante el proceso. Si bien la solución del Tratado de Montevideo y de las normas de DIPr. Del CCyCN llegan a una misma solución, (abrir la jurisdicción en Buenos Aires) nótese que no necesariamente esto será siempre así y de haber habido otro resultado podría tornar ineficiente la ejecución de la sentencia. La coincidencia de la solución ocurre porque tanto el Tratado de Montevideo como el actual CCyCN eligieron el mismo punto de conexión (lugar de situación del bien). Sin embargo, si no hubiéramos regido por el CC, el viejo artículo 3284 ubicado en la Sección I, Título 1 de las Sucesiones decía: “La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto (...)” y para aquellos partidarios de la teoría de la unidad de las sucesiones este proceso debería haberse iniciado en Paraguay.

V. Conclusiones

Por todo lo anteriormente expuesto se hace evidente que la Cámara encuadró correctamente los hechos como un caso de DIPr. Al ser así se impone, en virtud de la supremacía de la CN y en virtud de su Art.75 Inc.22 seguir lo que éste dicta claramente, los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y esto nos manda que ante un caso iusprivatista haya que mirar siempre si hay algún tratado vigente entre los estados parte y sobre la materia.

Aplicar incorrectamente la fuente de derecho en un fallo puede hacer caer la sentencia tanto en una instancia de apelación o peor aún en una instancia de ejecución de sentencia ya que podría no ser reconocida.

Bibliografía

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, T III, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1997.
- BIOCCA, MARIS S., *Derecho Internacional Privado Un nuevo enfoque*, Tomo II. 1º Edición, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004.
- BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, 4º Edición ampliada y actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

- BIOCCA, Stella M.; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L.; BASZ, Victoria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2º Ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, en LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* Tomo XI, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2015.
- DALLA VILA, Alberto R, *Manual de Derecho Constitucional*, 3 Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- FERNANDEZ ARROYO, Diego “*Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*”, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2003.
- GOLDSCHMIDT Werner, “*Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*”, Décima Edición Actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- RAPALLINI, Lilita Etel “*Temática de Derecho Internacional Privado*”, Ed. Lex, 4º Edición actualizada y profundizada. La Plata – Buenos Aires, 2002.
- SCOTTI, Luciana, *Derecho Internacional Privado*, de la *Colección Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación*, dirigida por el Dr. Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.
- UZAL, Maria E. *Derecho Internacional Privado*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016.

“EL CASO SAUR INTERNATIONAL SA VS. REPÚBLICA ARGENTINA N°

ARB/04/4”*

*Natacha N. MARCOTE y Juan OSORIO***

Recibido: 01.03.19

Aceptado: 16.5.19

Resumen: El presente caso gira en torno a las medidas de urgencia adoptadas por Argentina para hacer frente a la crisis financiera del año 2001. A raíz de estas medidas, SAUR International SA comenzó a perder sus utilidades en las sociedades constituidas en Argentina, viéndose afectadas las inversiones en el país receptor; llegando inclusive, a una rescisión unilateral –por parte de Argentina- de uno de los principales contratos que ambas partes habían firmado sobre la concesión de Obras Sanitarias Mendoza SA, sociedad situada en la Provincia de Mendoza. Ante tal situación las partes acordaron resolver el fondo de la cuestión mediante la firma de dos cartas de entendimiento. Sin embargo, el incumplimiento de la segunda carta por parte de la República Argentina, así como la decisión de rescindir tal contrato, motivaron a la sociedad francesa a iniciar un procedimiento arbitral ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, “CIADI” o el “Centro”).

Palabras clave: Arbitraje de inversión - expropiación- derechos humanos

“The case Saur International SA vs. Argentine Republic N° ARB/ 04/4”

Abstract: The present case is focused on the emergency measures implemented by Argentina in the context of the financial crisis of 2001. As a result of such measures, SAUR International SA started to lose profits in its companies incorporated in Argentina, affecting investments made in the receiving country, and finally reaching to a unilateral termination, made by Argentina, of one of the main contracts concluded between the parties regarding the concession of Obras Sanitarias Mendoza S.A., a company located in the Province of Mendoza. Therefore, the parties agreed to solve such matter by signing two Letters of Understanding. However, the breach by the Argentine Republic of the second Letter of Understanding, and the decisions to terminate the contract, provided the French company with sufficient reasons to initiate an arbitration proceeding before the International Center for Settlement of Investment Disputes (hereinafter, "ICSID").

Key-Words: Investment arbitration – Expropriation - Human rights

* Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington D.C., 22 de mayo de 2014

** Dra. Natacha Marcote. Abogada (UFLO) Investigadora en Formación (UFLO); Juan Esteban Osorio, Lic. En Ciencias Políticas (UBA). Estudiante de Abogacía (UFLO) Investigador en formación (UFLO). Se agradece a los Doctores Garau, Carretero y Vazquez por el apoyo recibido para la realización de este trabajo que se inscribe en el proyecto de investigación “¿CIADI en crisis?” bajo la programación científica de la Universidad de Flores.

I. Hechos y objeto de la controversia

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas de Inversiones recibió una solicitud de arbitraje de SAUR International SA (en adelante, “Demandante” o “Sauri”) el día 17 de noviembre de 2003 contra la República Argentina.

SAUR International SA, tenía participaciones en sociedades argentinas distribuidas de la siguiente manera: Participación del 100 % en Aguas de Mendoza, del 20 % en Obras Sanitarias Mendoza SA (“OSM”), participación indirecta del 33.3% de Inversora de Mendoza SA y 17.5 % de Inversora Aconcagua SA.

Lo que motivó, principalmente a la sociedad constituida con capital francés a demandar a la República Argentina fue la violación a los estándares de protección, trato justo y equitativo, entendido como un principio fundamental del derecho internacional público, expropiación y protección, así como la plena seguridad del “Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI)” firmado entre ambas naciones¹.

La Primera Carta de Entendimiento firmada por las partes el 15 de diciembre de 2005, resultó el inicio de un largo camino que iniciaron éstas, hasta llegar a firmar una Segunda Carta. Durante la vigencia de estos acuerdos transaccionales, el proceso arbitral se encontró paralizado.

La situación financiera de OSM se vio deteriorada a pesar del intento amigable de revertir la situación. Las tarifas se encontraron bloqueadas y llevó a la Sociedad a deteriorarse a medida que pasaba el tiempo, llegando a un riesgo de colapso en el servicio.

Con el objeto de mejorar y restablecer el servicio, el entonces Gobernador de la Provincia de Mendoza, emitió el Decreto N°1690/09, disponiendo la intervención administrativa de OSM. Siendo insuficiente esta medida, el 1 de mayo de 2010, el Gobernador anunció que la gestión privada había fracasado en los últimos años y que era necesario que el Estado provincial interviniera². De esta manera, y por decisión política, se rescindió el contrato de concesión y OSM volvió a manos estatales. Esta decisión, llevó a que SAUR sufriera pérdidas millonarias.

¹ “La cuantificación de la compensación debida a SAUR por las dos violaciones del APPRI cometidas por Argentina es el objeto, precisamente, de este Laudo” Párrafo N°87 del Laudo arbitral.

² Párrafo 74 y siguientes del Laudo.

II. Jurisdicción y competencia del Tribunal

En el proceso llevado a cabo, se aplicaron las Reglas procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI. (“Reglas de Iniciación”) y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI”).

El día 3 de septiembre de 2004 quedó constituido el Tribunal acorde al Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje

El día 2 de marzo de 2005 la Demandada presentó un memorial objetando la Jurisdicción del Centro y la Competencia del Tribunal, por lo que quedó suspendido el procedimiento sobre el fondo del asunto³.

El día 27 de febrero de 2006 el Tribunal rechazó las excepciones a la jurisdicción presentadas por la demandante, reanudándose el procedimiento el día 10 de marzo de 2006. No obstante, y por acuerdo de las partes, mediante la firma de dos cartas de entendimiento, se suspendió el procedimiento desde el 7 de abril hasta el 4 de mayo de 2010.

El proceso se reanudó por el incumplimiento de Argentina a la Segunda Carta de Entendimiento así como por haber intervenido y rescindido el Contrato de Asistencia Técnica por la Concesión a la Sociedad francés de Obras Sanitarias Mendoza SA.

En lo que respecta a los actos efectuados por la demandada, el Tribunal entendió que la Intervención, la Rescisión del Contrato de Concesión de Obras Sanitarias Mendoza SA (“OSM”) y la transferencia a la nueva empresa concesionaria, constituyeron medidas expropiatorias que afectaron sin lugar a dudas, la inversión de SAUR en la Sociedad constituida en Argentina OSM.

No obstante, y a pesar de que SAUR alegó haber sido víctima de una expropiación indirecta, el Tribunal Arbitral decidió que la expropiación era directa, y por ende constituía una nacionalización⁴. Este punto es muy importante ya que es relevante para que un Tribunal pueda evaluar los actos de un Estado y así determinar la indemnización que debe pagar⁵.

³ Regla 41 (3) de las Reglas de Arbitraje. “En cuanto se oponga formalmente una excepción relativa a la diferencia, el Tribunal podrá decidir suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción”.

⁴ Ante esta decisión del Tribunal, Argentina alegó también una extralimitación manifiesta de sus facultades.

⁵ PAEZ M., “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados” *Revista de Estudios Internacionales*. Providencia Santiago de Chile vol 39 no 153, 2006, pp. 5-36.

III. Medidas provisionales/planteos incidentales

La demandada planteó una serie de defensas relacionadas con la cuantificación del daño y alegó que el Tribunal se habría excedido en sus facultades. Estos planteos debieron ser analizados por el Tribunal Arbitral previo a resolver la cuestión de fondo. A saber:

1. Indemnización por violación de trato justo y equitativo.

Este planteo se basó en la demanda que la actora realizó a la demandada. La República Argentina aseguró que el reclamo por violación al estándar de trato justo y equitativo era subsidiario al de expropiación, y que sólo tenía carácter meramente declarativo. De esta manera la demandante estaba introduciendo una modificación al petitorio inicial que la había presentado inicialmente.

2. Compensación por daños posteriores a la Segunda Carta de Entendimiento.

La demandante consideró improcedente este reclamo por no haberse realizado en la fase de mérito y que le había confirmado al tribunal Arbitral que no modificaba su pedido de daños inicial⁶. A criterio de Argentina este reclamo afectaba su derecho de defensa siendo una pretensión novedosa y realizada tardíamente.

La demandada, respaldó este planteo basándose en los argumentos esgrimidos en “*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*” respecto de la protección de la inversión realizada por Ahmadou Sadio, donde la Corte Internacional de Justicia rechazó la incorporación tardía de nuevos reclamos.

3. Exceso manifiesto de facultades

Como tercer defensa preliminar, Argentina alegó que el Tribunal otorgó más de lo que pidió Sauri. La Sociedad francesa demandó por expropiación indirecta, pero el Tribunal caracterizó las medidas que adoptó la Provincia de Mendoza, como “expropiación directa”⁷.

En su decisión sobre estas defensas planteadas por la República Argentina, el Tribunal Arbitral consideró que las 3 excepciones en torno al *petitum* de la demandante, no podían prosperar. Comprobó que efectivamente, la demandante había alterado su *petitum*

6 Párrafo N°92 del Laudo Arbitral.

7 Párrafo N°95 del Laudo Arbitral

inicial, pero que la misma se ajustaba a la Regla 40 (2) de las Reglas de Arbitraje⁸ y que por ende la modificación era válida.

En lo que compete a las pretensiones de las partes, SAUR fue reduciendo el monto de sus pretensiones indemnizatorias. De una solicitud de indemnización por 143,9 millones de dólares redujo su solicitud a 40,225 millones de dólares estadounidenses, y que Argentina solicitó al Tribunal su absoluto rechazo, y a su vez presentó una serie de críticas en el modelo de valoración utilizado para el *quantum*⁹.

IV. Decisión/Orden/Opinión del Tribunal

El Tribunal calificó como violaciones al APPRI, la intervención y rescisión del Contrato de Asistencia Técnica. Concluyó que el daño soportado por la Sociedad Francesa ascendía a la suma de 39.990 dólares estadounidenses. A pesar de las alegaciones de la demandante y la crítica realizada a los modelos de cálculo, el Tribunal comprobó que eran correctos, acertados y razonables.

Con respecto a las costas del proceso, el Tribunal manifestó su total libertad para resolver sobre este punto¹⁰. Dividió a las costas en dos grandes categorías, por un lado, los “Costes de Procedimiento” y por otro los “Gastos de Defensa”. Dictaminó que al resultar la demandante vencedora en el 100% de las pretensiones, la demandada debía asumir la totalidad de los Costes de procedimiento. En cuanto a los gastos de Defensa, el Tribunal decidió en base al mismo principio.

En lo que refiere a los intereses del procedimiento, las partes se encontraron enfrentadas al momento de decidir qué tipo de interés aplicar y su método. La demandante distinguió entre los intereses pre- y post laudo¹¹. Solicitó que ambos tipos se calcularan según un método de interés compuesto anualmente con un tipo del 9,5%, calculado desde el 1 de septiembre hasta la fecha de efectivo pago. La República Argentina se opuso a este método, solicitando que los intereses se calculen según un método simple, manifestando que se debía seguir la práctica según la jurisprudencia.

8 La Regla 40 (2) establece lo siguiente: “Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvenición a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento”.

⁹ SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4 Award, ¶ 254.

¹⁰ Regla 47.

¹¹ Ib. Supra nota 10, Párrafo N°417.

El Tribunal resolvió tomar el 6% anual que se había fijado en la Segunda Carta de Entendimiento y que SAUR había aceptado. Y en cuanto al método, el Tribunal decidió que debían capitalizarse. De esta manera, siguió la postura mayoritaria que los Tribunales han compartido al momento de decidir sobre este punto¹².

Finalmente, el Tribunal determinó condenar a la República Argentina al pago de U\$S 39.990.111 en concepto de indemnización, con una tasa de interés del 6% anual, más U\$S 686.500 en concepto de gastos y honorarios.

V. Al respecto de las consideraciones en materia de Derechos Humanos

La República Argentina alegó que el régimen de protección de inversiones ideado en el TBI no altera las obligaciones asumidas por el país en los tratados de derechos humanos, obligaciones de raigambre constitucional en el ordenamiento jurídico argentino. El derecho humano al agua se encuentra entre ellas.

En este sentido, la demandada alegó que el accionar de las autoridades provinciales, primero interviniendo administrativamente la empresa concesionaria y luego terminando la concesión, eran compatibles con las obligaciones de garantizar un derecho humano fundamental: el suministro de agua ya que la provincia brindaría un mejor servicio¹³.

Argentina entendió que una medida con este fin no puede considerarse injusta o expropiatoria, sino un ejercicio necesario del poder policial y reglamentario. En resumen: todo pareciera señalar que el Estado demandado se limitó a adoptar medidas que entendió en pos de proteger a la población y garantizar sus derechos fundamentales.

Por su parte, SAUR alegó que la invocación de los derechos humanos en general y el derecho al agua en particular por parte de la Demandada no era más que un intento ex post de justificar las medidas adoptadas por las Autoridades Provinciales de Mendoza en 2009 y en 2010, entendiendo indiferentes las motivaciones esgrimidas, considerándolas no justificantes de la violación cometida al tratado¹⁴.

De hecho, los derechos humanos en general, y el derecho al agua en particular fueron puntos cruciales para considerar en la resolución de la disputa, ya que el acceso al agua

¹² En las últimas decisiones publicadas por CIADI, se observó un criterio mayoritario al otorgar intereses con capitalización. Su fundamento es la compensación por la pérdida de utilidad durante el tiempo de la inversión. Párrafo 431 del Laudo.

¹³ SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, Laudo del 22 de mayo del 2014, párrafos 70-73.

¹⁴ Id. Nota 16, párrafo 130.

potable es, desde el punto de vista del Estado, un servicio público esencial y, desde el punto de vista del ciudadano, un derecho fundamental.

Por esta razón, en este asunto, el orden legal puede y debe reservar a la Autoridad Pública funciones legítimas de planificación, supervisión, policía, sanción, intervención e incluso terminación, para proteger el interés general.

Empero, el tribunal no lo entendió de esta forma: De hecho, consideraron que las medidas tomadas -que en su momento no fueron justificadas del mismo modo que el Estado luego indicó en su contra memoria- constituían una expropiación (indirecta) al inversor y se lo estaba tratando de forma injusta¹⁵.

Saur vs. Argentina nos enfrenta nuevamente a una vinculación convergente – y poco desarrollada- del derecho de las inversiones y de los derechos humanos. En casos como el acceso al agua, el Estado ha asumido su compromiso de proveer el servicio en la órbita de los derechos humanos. Incluso si tercerizase el abastecimiento, sus obligaciones siguen atándolo en el marco de los compromisos asumidos Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, el Programa de Hábitat, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en 1996, la Observación general N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las directrices de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del 2006 de forma específica¹⁶.

Establecidas las fuentes de los compromisos, y contenido afirmativo, resta entender qué deberes puede imponer el derecho al agua. Al respecto, entran en pugna las obligaciones en materia de protección de la propiedad privada de las inversiones y las obligaciones *erga omnes*, en materia de derechos humanos sobre el acceso al agua potable.¹⁷

La titularidad de derechos y obligaciones en materia de derechos humanos siempre ha encontrado un escollo argumentativo al intentar aplicarse a entes ajenos a los clásicos

¹⁵ Id. Párrafo 102 y siguientes.

¹⁶ En tratados más conocidos en el mundo de los derechos humanos, encontramos obligaciones más generales como las contenidas en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada en 1979 (art. 14 2)); el Convenio N° 161 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo, aprobado en 1985 (art. 5); la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 (arts. 24 y 27 3) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006 (art. 28).

¹⁷ Así fueran definidas en el estudio “Derecho Humano al Agua” realizado por Mario Peña Chacón, disponible como documento de consulta en el sitio de la Corte IDH. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24593.pdf> (última consulta 01.04.19).

sujetos del Derecho Internacional. Si bien en SAUR vs Argentina el tribunal -tanto el que dictó el laudo como el convocado a los efectos de la nulidad no concedida- no razonó en términos de Derechos Humanos, sí encontramos evidencia en el sistema de una posible relación entre estos dos regímenes alejados.

En el caso Urbaser S.A. contra Argentina del 2016, el tribunal se declaró con jurisdicción para entender sobre una reconvencción en la que un Estado planteó la responsabilidad internacional de una empresa concesionaria por violaciones al derecho humano al agua. Si bien el argumento luego no prosperó, resultó novedoso que el tribunal justificó su competencia basándose en que el TBI entre Argentina y España incluía entre las normas aplicables “el derecho internacional general” lo cual le permitió hacer un puente hacia las normas internacionales de derechos humanos.

VI. Conclusiones

SAUR vs. Argentina resultó ser un caso complejo que donde se aceptó la jurisdicción y posteriormente, se entendió que las medidas ejercidas por una autoridad local equivalían a una violación del Estado nacional a las cláusulas de protección de las inversiones contra la expropiación.

Rechazándose los argumentos vertidos por el Estado demandado, fundados en gran parte en consideraciones hacia la salud pública, el Tribunal sostuvo además que las medidas violaban la obligación de trato justo y equitativo de Argentina en virtud del Artículo 5.1 del TBI porque la Provincia de Mendoza había retrasado el reajuste arancelario, generando con esta acción, un mayor daño que luego le serviría para justificar su intervención en la gestión de OSM y la posterior renacionalización de la Concesión.

Finalmente, en diciembre del 2016 se decidió respecto del procedimiento de anulación solicitado por el Estado argentino. Analizando allí las causales de nulidad por las que podría concederse lo solicitado, el tribunal encontró que no había extralimitación manifiesta de facultades, ni quebrantamiento de una norma grave de procedimiento y que el laudo se encontraba bien justificado.¹⁸ Rechazando *in totum* lo solicitado, se obligó entonces a que el Estado asumiera los gastos del procedimiento y de su propia defensa¹⁹.

¹⁸ SAUR International SA v. Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/04/4, laudo de nulidad, 19 de diciembre del 2016, párrafos 154 y siguientes.

¹⁹ Id. Nota 21, párrafo 341.

Bibliografía

- DE DIOS, Miguel., “La responsabilidad del Estado Argentino por Hechos Internacionalmente Ilícitos, la Codificación A/Res/56/83, los Tratados Bilaterales de Inversión y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”. *Aequitas Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador*, Buenos Aires, Vol. 9, no. 9, 2015.
- ECHAIDE, Javier, “Tratados De Inversiones Y Derechos Humanos: Los Casos De Argentina En El CIADI Y El Derecho Humano Al Agua” *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2017, pp. 1-30.
- PETER, Horn. “A Matter of Apperances: Arbitrator Independence and Impartiality in ICSID Arbitration”, *New York University Journal of Law & Business - HeinOnline-*, vol 11, no. 2, 2019.
- KINNEAR, Meg – Mavromati, CHRYSOULA, “Chapter 15: Consolidation of Cases at ICSID”, *Kluwer Law International Wolters Kluwer*, 2019, pp. 1-15.
- MINAVERRY, Cecilia “El Arbitraje Internacional Como Mecanismo De Solución De Disputas: El Caso Argentino En el CIADI”. *Publications of the Nestor Kirchner Fellowship*. <http://www.observatorylatinamerica.org/en/programs/pnk/158-publications-president-nestor-kirchner-fellowship> 2013.
- PÁEZ, Marisol, “La Expropiación Indirecta Frente Al CIADI:Consideraciones Para La Autorregulación De Los Actos Administrativos De Los Estados”, en *Revista De Estudios Internacionales*, Providencia Santiago de Chile vol. 39 no. 153, 2006, pp. 5-36.
- PERRONE, Nicolás. *Inversiones Extranjeras. Demandas Contra La Argentina Por Controversias Vinculadas Por La Crisis Del Año 2001*, Universidad De Buenos Aires, Buenos Aires 2001.
- Professor KAUFMANN-KOHLER Gabrielle, Arbitrator Professor REMÓN Jesús, Arbitrator Professor W PARK William, Chair. “Edf international S.A., SAUR International S.A. And León ParticipacionesArgentinas S.A. V. Argentine Republic”. ICSID Case No. ARB/03/23, Wolters Kluwer, 2012.
- Professor FERNÁNDEZ ARMESTO Juan, Chair Professor HANOTIAU Bernard, Arbitrator Professor Arbitrator TOMUSCHAT Christian., 2SAUR International S.A. V. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction And Liability2, ICSID Case No. ARB/04/4, Wolters Kluwer 2012.

**NOVEDADES
JURISPRUDENCIALES
Y
LEGISLATIVAS**

NOVEDADES DE JURISPRUDENCIA

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J

“Cota, Salvador Vicente s/ sucesión ab intestato” (28/12/2018). Voces: Sucesiones. Nuevo matrimonio, contraído con impedimento de ligamen. Matrimonio celebrado en el extranjero. Divorcio conforme Ley 2393, sin disolución de vínculo. Primacía de la voluntad del causante de contraer nuevas nupcias. Orden público internacional.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería (Santa Rosa, La Pampa)

“R., S. A. y G. T., R. S/ Divorcio” (18/09/2018). Voces: Nupcias contraídas en el extranjero. Sentencia de divorcio decretada en Argentina. Derecho internacional privado argentino. Foro de necesidad. Tutela judicial efectiva. Inscripción complementaria en los registros del consulado en Argentina del Estado extranjero.

Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y de Familia de 1º Nominación de la ciudad de Carlos Paz (Córdoba)

“Comunicación del ministerio de relaciones exteriores y culto - s/ restitución internacional de menores solicitada por a. m. g. – comunic. interjurisdiccional, expte. -” (22/10/2018). Voces: Restitución internacional de menores. Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles y Sustracción Internacional de Menores. Nueva Zelanda. Residencia habitual de los menores en el país extranjero. Excepción de grave riesgo. Ilícitud del traslado.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Kasik, Martin Matyjas s/extradición” (17/10/2018). Voces: Extradición. Ejecución de una pena por delito de abuso sexual. Improcedencia de la prescripción. Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal. Diferencia entre penas y medidas de seguridad a los fines de la extradición.

“Mayorga Vidal, Sergio Mauricio c/ Prefectura Naval Argentina s/ recurso directo de organismo externo” (11/10/2018). Voces: Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Reglamento del Servicio Móvil Marino. Servicio de Comunicaciones para la Seguridad de la Navegación. Remolque y posterior hundimiento de un buque con averías. Comunicación a las autoridades del Estado ribereño. Mar territorial. Zona económica exclusiva.

“K., K. J. c/ P., C. S. s/ civil y comercial” (26/12/2018). Voces: Restitución internacional de menores. Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya. Cuestiones de competencia. Calidad de extranjero del actor. Privilegio de la competencia federal en razón de la distinta nacionalidad de las partes. Prioridad del interés superior del niño. Principio de especialidad de los juzgados de familia.

“Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ incidente de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)” (26/03/2019). Voces: Personas con discapacidad. Ley de Concursos y Quiebras Créditos concursales. Privilegios. Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Efectividad de los derechos humanos.

“Farfán, Julio Antonio y otros s/ amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública, San Pedro de Jujuy” (16/04/2019). Voces: Proceso penal. Limitación de la libertad individual. Prohibición de participar en reuniones multitudinarias. Delegados sindicales. Derechos constitucionales. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo. Convenio OIT n° 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación. Convenio OIT n° 98 sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia internacional.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala 4

“Arrillaga, Alfredo Manuel y otros s/recurso de casación” (11/10/2018). Voces: Delitos de lesa humanidad. Garantía de juzgamiento en plazo razonable. Complejidad procesal. Ejercicio de la función pública por los imputados. Búsqueda de impunidad. Obligaciones internacionales de la República Argentina. Obligación de investigar, juzgar y sancionar la violación de derechos humanos y la comisión de crímenes internacionales. Responsabilidad internacional.

Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia

Expedientes “FCR 63001777/2007/2/CA1” y “FCR 63001777/2007/3/CA2” (18/10/2018). Voces: Conflicto del Atlántico Sur. Guerra de Malvinas. Torturas impuestas a soldados por sus superiores jerárquicos. Posible tipificación como delito de lesa humanidad. Continuidad de la investigación. Imprescriptibilidad.

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

“BASF Argentina SA c/ Estado Nacional – Dirección General de Aduanas” (28/02/2019). Voces: Derechos de exportación. Precedentes de la CSJN en causas “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/amparo”, del 15/04/2014, y “Whirpool Puntana SA (TF 21.671- A) c/ Dirección General de Aduanas”, sentencia del 11 de diciembre de 2014. Delegación legislativa. Normativa interna contraria al Tratado de Asunción.

NOVEDADES DE LEGISLACIÓN

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Normas nacionales destacadas

Ley 27.475. Se aprueba el ACUERDO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE TÍTULOS, DIPLOMAS Y GRADOS ACADÉMICOS DE EDUCACIÓN SUPERIOR UNIVERSITARIA ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL REINO DE ESPAÑA, suscripto en la ciudad de Madrid –Reino de España-, el día 23 de febrero de 2017. Sanción: 5 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2018.*

Ley 27.476. Se aprueba el ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL REINO DE ESPAÑA SOBRE RECONOCIMIENTO MUTUO DE TÍTULOS Y CERTIFICADOS DE ESTUDIOS DE LOS NIVELES DE EDUCACIÓN PRIMARIA, SECUNDARIA Y SUPERIOR –A EXCEPCIÓN DE LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA- DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EDUCACIÓN PRIMARIA, SECUNDARIA OBLIGATORIA Y POST OBLIGATORIA Y EDUCACIÓN SUPERIOR NO UNIVERSITARIA DEL REINO DE ESPAÑA, O SUS DENOMINACIONES EQUIVALENTES, suscripto en la ciudad de Madrid –Reino de España-, el 23 de febrero de 2017. Sanción: 5 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2018.*

Ley 27.496. Se aprueba el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y su Protocolo, celebrados en la ciudad de Dubai -Emiratos Árabes Unidos-, el 3 de noviembre de 2016. Sanción: 12 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 4 de enero de 2019.*

Tratados en vigor para la República Argentina

Convenio de Cooperación Franco Argentino para la creación de un Programa Bilateral de Intercambio Universitario en Arte, Innovación y Tecnología – “Programa INNOVART”. Firma: Buenos Aires, 29 de noviembre de 2018. *Vigor: 29 de noviembre de 2018.*

Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de España sobre reconocimiento mutuo de títulos y certificados de estudios de los niveles de educación primaria, secundaria y superior -a excepción de la educación universitaria- de la República Argentina y educación primaria, secundaria obligatoria y post obligatoria y educación superior no universitaria del Reino de España, o sus denominaciones equivalentes. Firma: Madrid, 23 de febrero de 2017. Aprobación: Ley n° 26.476. *Vigor: 27 de diciembre de 2018.*

Acuerdo de reconocimiento mutuo de títulos, diplomas y grados académicos de educación superior universitaria entre la República Argentina y el Reino de España. Firma: Madrid, 23 de febrero de 2017. Aprobación: Ley n° 26.475. *Vigor: 27 de diciembre de 2018.*

Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y su protocolo. Firma: Dubai, 3 de noviembre de 2016. Aprobación: Ley n° 27.496. *Vigor: 4 de febrero de 2019.*

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Argentina para el intercambio de información sobre visas. Firma: Buenos Aires, 18 de abril de 2018. *Vigor: 14 de marzo de 2019.*

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Normas nacionales destacadas

Ley 27.465. Se concede la medalla La Nación Argentina al Valor en Combate a los ciudadanos que participaron en los vuelos de estrategia militar que la Fuerza Aérea Argentina desplegó en el marco del Conflicto del Atlántico Sur. Sanción: 10 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 15 de Noviembre de 2018.*

Ley 27.474. Se aprueba el Convenio de Cooperación Educativa entre la República Argentina y el Reino de España, celebrado en la ciudad de Madrid – Reino de España – el 23 de febrero de 2017. Sanción: 5 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2018.*

Ley 27.473. Se aprueba el PROTOCOLO DE ENMIENDA AL CONVENIO DE INTEGRACIÓN CINEMATOGRAFICA IBEROAMERICANA, celebrado en la Ciudad de Córdoba, REINO DE ESPAÑA, el 28 de noviembre de 2007. Sanción: 5 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2018.*

Ley 27.472. Se aprueba el Convenio de Cooperación Cultural entre la República Argentina y el Reino de España, suscripto en la Ciudad de Madrid –Reino de España-, el 23 de febrero de 2017. Sanción: 5 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2018.*

Ley 27.483. Se aprueba el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, suscripto en la ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el día 28 de enero de 1981, y el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, suscripto en la ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el día 8 de noviembre de 2001. Sanción: 6 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de enero de 2019.*

Ley 27.484. Se autoriza la entrada de tropas extranjeras al territorio nacional y la salida fuera de él de fuerzas nacionales, según corresponda, para participar en los ejercicios contemplados en el Programa de Ejercitaciones Combinadas a realizarse desde el 1° de septiembre de 2018 hasta el 31 de agosto de 2019. Sanción: 6 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de enero de 2019.*

Decreto 872/2018. Instrúyese a la SECRETARÍA DE GOBIERNO DE ENERGÍA, dependiente del MINISTERIO DE HACIENDA para que proceda a convocar a Concurso Público Internacional para la adjudicación de permisos de exploración para la búsqueda de hidrocarburos en las áreas del ámbito costa afuera nacional. Autorízase la inclusión en los permisos de exploración y explotación de cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales internacionales con sede en un Estado que sea parte en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Firma: 1º de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de octubre de 2018.*

Decreto 898/2018. Modelo de ACUERDO DE INDEMNIDAD (Financiamiento Adicional para la Convocatoria Abierta Nacional e Internacional del Programa RenovAr – Ronda 2 – Fondo para el Desarrollo de Energías Renovables – FODER) a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF), destinado a reembolsar al citado Banco en caso de que se active el mecanismo dispuesto en el Acuerdo de Garantía a ser suscripto entre el BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF) y el BANCO DE INVERSIÓN Y COMERCIO EXTERIOR S.A. (BICE), en calidad de fiduciario del fideicomiso FONDO FIDUCIARIO PARA EL DESARROLLO DE ENERGÍAS RENOVABLES (FODER). Firma: 9 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 10 de octubre de 2018.*

Decreto 899/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE LA CUENCA DEL PLATA (FONPLATA) y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de BUENOS AIRES. Firma: 9 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 10 de octubre de 2018.*

Decreto 900/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de BUENOS AIRES. Firma: 9 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 10 de octubre de 2018.*

Decreto 901/2018. Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE LA CUENCA DEL PLATA (FONPLATA), por un monto de hasta DÓLARES ESTADOUNIDENSES SIETE MILLONES (U\$S 7.000.000), destinado a financiar el “Proyecto Digitalización del Acervo de la Biblioteca Nacional Mariano Moreno (BNMM)”. Firma: 9 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 10 de octubre de 2018.*

Decreto 928/2018. Modelo de CONTRATO DE GARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y la CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF) y modelo de CONTRATO DE CONTRAGARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Firma: 22 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 23 de octubre de 2018.*

Decreto 989/2018. Modelos de ACUERDO DE GARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y la institución financiera DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA y Modelos de CONTRATO DE CONTRAGARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de CÓRDOBA. Firma: 1º de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de noviembre de 2018.*

Decreto 990/2018. Modelos de ACUERDO DE GARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y la institución financiera DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA y Modelos de CONTRATO DE CONTRAGARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de CÓRDOBA. Firma: 1º de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de noviembre de 2018.*

Decreto 991/2018. Modelos de ACUERDO DE GARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A (BBVA) y Modelos de CONTRATO DE CONTRAGARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de CÓRDOBA. Firma: 1º de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de noviembre de 2018.*

Decreto 1037/2018. Modelo de Contrato de Préstamo BID a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), destinado a financiar el “Programa de Apoyo a Políticas de Igualdad de Género”. Firma: 8 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 9 de noviembre de 2018.*

Decreto 1038/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID) y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de BUENOS AIRES. Firma: 8 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 9 de noviembre de 2018.*

Decreto 1074/2018. Modelo de CONTRATO DE FINANCIACIÓN a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO EUROPEO DE INVERSIONES (BEI), destinado al financiamiento del Proyecto “ARGENTINA WATER AND SANITATION (2016-0659), conocido como AMPLIACIÓN, REHABILITACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE PLANTAS DE TRATAMIENTO, Y EXTENSIÓN DE REDES EN EL ÁREA METROPOLITANA DE BUENOS AIRES (BEI-AYSA)”. Firma: 26 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 27 de noviembre de 2018.*

Decreto 1075/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO EUROPEO DE INVERSIONES (BEI) y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de JUJUY. Firma: 26 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 27 de noviembre de 2018.*

Decreto 1078/2018. Modelo de CONTRATO DE LÍNEA DE CRÉDITO DEL COMPRADOR a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y las instituciones

financieras CREDIT AGRICOLE CORPORATE AND INVESTMENT BANK, NATIXIS y BANCO SANTANDER, S.A, destinado al financiamiento del “Proyecto de Recuperación de la Capacidad de Patrullado Naval Marítimo”. Firma: 27 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 28 de noviembre de 2018.*

Decreto 1079/2018. Modelo de Contrato de Préstamo BID a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), destinado a financiar el “Programa de Apoyo a la Equidad y Efectividad del Sistema de Protección Social en Argentina”. Firma: 28 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 29 de noviembre de 2018.*

Decreto 1120/2018. Modelo de CONTRATO DE GARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO KUWAITÍ PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO ÁRABE y Modelo de CONTRATO DE CONTRAGARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de CÓRDOBA. Firma: 10 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 11 de diciembre de 2018.*

Decreto 1129/2018. Modelo de Convenio de Préstamo BIRF a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF), destinado a financiar el “Financiamiento Adicional para el Proyecto para la Protección de Niños y Jóvenes”. Firma: 12 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 13 de diciembre de 2018.*

Decreto 1130/2018. Modelo de Convenio de Préstamo BIRF N° 8853-AR a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF), destinado a financiar parcialmente el “Apoyo del Proyecto de Cobertura Universal de Salud Efectiva en Argentina”. Firma: 12 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 13 de diciembre de 2018.*

Decreto 1131/2018. Modelo de Contrato de Préstamo BIRF a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF), destinado a financiar el “Primer Préstamo Programático para Políticas de Desarrollo Inclusivo”. Firma: 12 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 13 de diciembre de 2018.*

Decreto 1164/2018. Modelo de Contrato de Préstamo ARG-38/2018 a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE LA CUENCA DEL PLATA (FONPLATA), destinado a financiar el Programa “Apoyo al Programa de Seguridad Ferroviaria en la Región Metropolitana de Buenos Aires (RMBA)”. Firma: 21 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 27 de diciembre de 2018.*

Decreto 1171/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO DE ABU DHABI PARA EL DESARROLLO (ADFD) y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA

y el Gobierno de la Provincia de SANTA FE. Firma: 26 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 27 de diciembre de 2018.*

Decreto 1178/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO OPEP PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (OFID), vinculado con el “Proyecto Acueducto Gran Tulum”, y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de SAN JUAN. Firma: 28 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de enero de 2019.*

Decreto 1196/2018. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), vinculado con el Contrato de Préstamo destinado a la ejecución del “Programa de Ampliación de Capacidad y Seguridad en Corredores Viales de la Provincia de Buenos Aires”, y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de BUENOS AIRES. Firma: 28 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de enero de 2019.*

Decreto 1199/2018. Modelo de Convenio de Préstamo BIRF N° 8867-AR a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO (BIRF), destinado a financiar parcialmente el “Programa de Gestión Integral de los Riesgos en el Sistema Agroindustrial Rural (GIRSAR)”. Firma: 28 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 2 de enero de 2019.*

Decreto 47/2019. Modelo de Contrato de Préstamo CAF a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y la CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO (CAF), destinado a financiar parcialmente el “Programa de Desarrollo Vial Regional IV”. Firma: 11 de enero de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 14 de enero de 2019.*

Decreto 144/2019. Modelo de CONTRATO DE LÍNEA DE CRÉDITO a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y la institución financiera CHINA DEVELOPMENT BANK (CDB), destinado al financiamiento parcial del CONTRATO DE PROVISIÓN DE COCHES FERROVIARIOS PARA LA LINEA DEL FERROCARRIL ROCA. Firma: 22 de febrero de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 25 de febrero de 2019.*

Decreto 201/2019. Se aprueba el ACUERDO DE CUMPLIMIENTO DE RECOMENDACIONES, celebrado el 12 de junio de 2018, entre el Gobierno de la REPÚBLICA ARGENTINA y el señor Marcos Alejandro MARTÍN, patrocinado por la DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en el Caso N° 12.681 del registro de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Firma: 18 de marzo de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 18 de marzo de 2019.*

Decreto 207/2019. Modelo de ACUERDO DE GARANTÍA a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. SUCURSAL DE HONG KONG y Modelo de CONTRATO DE CONTRAGARANTÍA

a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de JUJUY. Firma: 19 de marzo de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 20 de marzo de 2019.*

Decreto 262/2019. Modelo de Contrato de Préstamo BID a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), destinado a financiar el Programa “Modernización del Complejo Hidroeléctrico Binacional Salto Grande”. Firma: 12 de abril de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 15 de abril de 2019.*

Decreto 271/2019. Modelo de Contrato de Garantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el FONDO OPEP PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (OFID) y Modelo de Contrato de Contragarantía a suscribirse entre la REPÚBLICA ARGENTINA y el Gobierno de la Provincia de SANTA FE. Firma: 16 de abril de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 17 de abril de 2019.*

Decreto 278/2019. Modelo de Contrato de Préstamo BID N° 4565/GN-AR a celebrarse entre la REPÚBLICA ARGENTINA representada por el MINISTERIO DE HACIENDA como Prestataria, el MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO y el BANCO DE INVERSIÓN Y COMERCIO EXTERIOR SOCIEDAD ANÓNIMA (BICE) en su carácter de Organismo Ejecutor y el BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), actuando en su calidad de agencia implementadora del Fondo Verde para el Clima (FVC), destinado a financiar parcialmente el Proyecto “Promoción de Instrumentos de Mitigación de Riesgos y Financiamiento de Inversiones en Energía Renovable y Eficiencia Energética”. Firma: 17 de abril de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 22 de abril de 2019.*

Decisión Administrativa 1934/2018. Se aprueba el gasto derivado del Contrato N° 01/2018 de fecha de 22 de junio de 2018 y sus Adendas N° 1 de fecha 9 de octubre de 2018 y N° 2 de fecha 20 de noviembre de 2018, celebrado entre la ARMADA ARGENTINA y la Empresa NAVAL GROUP de la REPÚBLICA FRANCESA. Firma: 20 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2018.*

Decisión Administrativa 162/2019. Circuito de Gestión Administrativa para la Aprobación y Suscripción de Convenios o Contratos de Préstamo o Garantía con organismos financieros internacionales, Multilaterales, Regionales, Bilaterales y/o con Estados Extranjeros. Firma: 12 de marzo de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 13 de marzo de 2019.*

Resolución Conjunta 2/2018. Ministerio de Hacienda y Ministerio de Relaciones Exteriores Y Culto. Establecer la Comisión Evaluadora de Convenios Tributarios Internacionales, que estará encargada de evaluar iniciativas tanto para suscribir nuevos convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, como para renegociar aquellos que se encontraren vigentes o promover su terminación. Firma: 17 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 22 de octubre de 2018.*

Resolución 138/2019. Ministerio de Relaciones Exteriores. Establécese en el ámbito de la Dirección Nacional de Relaciones Económicas Multilaterales, el Punto Nacional de Contacto Argentino para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas

Multinacionales. Créase, a fin de asistir al Punto Nacional de Contacto Argentino (PNCA), un Consejo Consultivo (CC), que será presidido por el titular del PNCA e integrado por miembros permanentes, miembros no permanentes y representantes sectoriales. Firma: 07 de marzo de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 22 de marzo de 2019.*

Tratados en vigor para la República Argentina

Acuerdo Marco entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de la India sobre Cooperación en el Uso Pacífico del Espacio Ultraterrestre. Firma: Nueva Delhi, 14 de octubre de 2009. Aprobación: Ley n° 26.865. *Vigor: 28 de septiembre de 2018.*

Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Celebración: Ginebra, 06 de diciembre de 2005. Aprobación: Ley n° 26.662. *Vigor: 23 de enero de 2017.*

Acuerdo entre la República Argentina y la República de Azerbaiyán sobre Cooperación en materia de turismo. Firma: Rovinj, Croacia, 29 de mayo de 2015. *Vigor: 24 de octubre de 2018.*

Acuerdo entre la República Argentina y Barbados sobre Cooperación Bilateral en materia de Deportes. Firma: Bridgetown, 02 de octubre de 2018. *Vigor: 02 de octubre de 2018.*

Acuerdo entre la República Argentina y la República de Serbia sobre Cooperación en Materia Comercial y Económica. Firma: Buenos Aires, 22 de noviembre de 2017. *Vigor: 10 de octubre de 2018.*

Acuerdo por Canje de Notas sobre supresión de visas de turismo y negocios entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar. Firma: Buenos Aires, 05 de octubre de 2018. *Vigor: 04 de noviembre de 2018.*

Protocolo Adicional al “Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China sobre la Construcción, el Establecimiento y la Operación de una Estación de Espacio Lejano de China en la Provincia del Neuquén, Argentina, en el marco del Programa Chino de Exploración de la Luna, suscripto el 23 de Abril de 2014. Firma: Hangzhou, 04 de septiembre de 2016. *Vigor: 15 de noviembre de 2018.*

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación de Rusia para la Cooperación en los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear. Firma: Buenos Aires, 12 de julio de 2014. Aprobación: Ley n° 27.450. *Vigor: 23 de noviembre de 2018.*

Acuerdo por Canje de Notas entre la República Argentina y Japón relativo a “Programas Específicos de Cooperación Técnica – Incorporación Del Proyecto OVOP”. Firma: Buenos Aires, 7 y 26 de noviembre de 2018. *Vigor: 27 de noviembre de 2018.*

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Corea sobre un Programa de Vacaciones y Trabajo. Firma: Buenos Aires, 27 de noviembre de 2018. *Vigor: 26 de enero de 2019.*

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Jamaica sobre Cooperación Bilateral en Materia de Deportes. Firma: Buenos Aires, 29 de noviembre de 2018. *Vigor: 29 de noviembre de 2018.*

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la Promoción de la Seguridad Aérea. Firma: Buenos Aires, 30 de noviembre de 2018. *Vigor: 30 de noviembre de 2018.*

Acuerdo sobre la prórroga de la validez del Memorándum de Entendimiento relativo al establecimiento de un Mecanismo de Diálogo Estratégico para la Cooperación y la Coordinación Económica entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China. Firma: Buenos Aires, 02 de diciembre de 2018. *Vigor: 02 de diciembre de 2018.*

Acuerdo entre la República Argentina y Antigua y Barbuda sobre supresión de visas para titulares de pasaportes diplomáticos y oficiales. Firma: St. John's, 12 de junio de 2018. *Vigor: 13 de enero de 2019.*

Convenio de cooperación educativa entre la República Argentina y el Reino de España. Firma: Madrid, 23 de febrero de 2017. Aprobación: Ley n° 26.474. *Vigor: 27 de diciembre de 2018.*

Convenio de cooperación cultural entre la República Argentina y el Reino de España. Firma: Madrid, 23 de febrero de 2017. Aprobación: Ley n° 26.472. *Vigor: 27 de diciembre de 2018.*

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Jamaica sobre el ejercicio de actividades remuneradas por parte de familiares a cargo del personal diplomático, consular, administrativo y técnico de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares. Firma: Kingston, 10 de mayo de 2018. *Vigor: 14 de enero de 2019.*

Acuerdo de supresión de visas para titulares de pasaportes diplomáticos, oficiales y especiales entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar. Firma: Buenos Aires, 05 de octubre de 2018. *Vigor: 21 de febrero de 2019.*

Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federal de Alemania sobre asistencia y cooperación mutua en temas aduaneros. Firma: Buenos Aires, 22 de noviembre de 2018. *Vigor: 18 de febrero de 2019.*

Acuerdo entre la República Argentina y el Reino de Bélgica sobre la autorización para el ejercicio de actividades remuneradas por parte de familiares a cargo del personal de misiones diplomáticas y oficinas consulares. Firma: Bruselas, 20 de abril de 2017. *Vigor: 1° de abril de 2019.*

Acuerdo por canje de notas entre la República Argentina y la República de Mozambique sobre la participación en el proceso de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) en Mozambique. Firma: Buenos Aires, 26 de octubre de 2018 y Maputo, 12 de diciembre de 2018. *Vigor: 12 de diciembre de 2018.*

Protocolo del Acuerdo del Grupo Mundial del Comercio del Vino de 2007 sobre requisitos para el etiquetado de vinos para la tolerancia del alcohol, años de cosecha, variedad y regiones vinícolas. Celebración: Bruselas, 22 de marzo de 2013. *Vigor: 1º de marzo de 2019.*

Protocolo modificadorio del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur. Celebración: Río de Janeiro, 19 de enero de 2007. Aprobación: Ley N° 26.405. *Vigor: 26 de diciembre de 2018.*

Acuerdo entre la República Argentina e Irlanda sobre empleo por parte de familiares a cargo de los empleados en misión oficial en el estado de la otra parte. Firma: Dublín, 14 de febrero de 2019. *Vigor: 14 de febrero de 2019.*

Acuerdo entre la República Argentina y el Estado de Palestina en materia de educación. Firma: Buenos Aires, 20 de marzo de 2019. *Vigor: 20 de marzo de 2019.*

Canje de Notas entre la República Argentina y la República del Paraguay sobre la apertura del paso fronterizo de Yacyretá. Firma: Buenos Aires, 20 de marzo de 2019. *Vigor: 20 de marzo de 2019.*

Memorando de Entendimiento para el desarrollo de los vínculos económicos, comerciales y de inversión entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Mozambique. Firma: Buenos Aires, 19 de marzo de 2019. *Vigor: 19 de marzo de 2019.*

Memorando de Entendimiento entre la República Argentina y la República Dominicana para el establecimiento de un grupo de trabajo conjunto para la promoción del comercio, las inversiones y encadenamiento productivo. Firma: Buenos Aires, 21 de marzo de 2019. *Vigor: 21 de marzo de 2019.*

Acuerdo por canje de notas entre la República Argentina y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre devolución y relocalización de la zona franca concedida por la República Argentina en la ciudad de Rosario. Firma: Buenos Aires, 25 de febrero de 2019 y La Paz 19 de marzo de 2019. *Vigor: 19 de marzo de 2019.*

Acuerdo entre la República Argentina y Hungría sobre un programa de vacaciones y trabajo. Firma: Budapest, 16 de octubre de 2018. *Vigor: 27 de abril de 2019.*

Tratados con aplicación suspendida

Acuerdo entre la República Argentina y la República de Venezuela para la supresión de visado en pasaportes diplomáticos, oficiales o de servicio. Firma: Buenos Aires, 13 de agosto de 1996. *La República Argentina suspendió la aplicación de dicho tratado en los términos de su artículo V, a partir del 11 de enero de 2019.*

Normas emanadas de organizaciones internacionales

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 12/2018. Establécese que el desembarque máximo de rayas de altura no deberá superar el 10% del total del desembarque de cada marea hasta el 31 de diciembre del año 2018. Firma: 15 de octubre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 22 de octubre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 13/2018. Establécese en 60.000 toneladas la captura total permisible (CTP) de la especie merluza común (Merluccius hubbsi), en la Zona Común de Pesca, para el año 2019. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 15/2018. Fíjese en 80.000 toneladas la captura total permisible de la especie anchoíta (Engraulis anchoita) para el año 2019 en la Zona Común de Pesca. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 16/2018. Prohíbese, desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2019 inclusive, la pesca de la especie merluza (Merluccius hubbsi), así como la utilización de todo tipo de artes de pesca de fondo en un sector específico de la Zona Común de Pesca. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 17/2018. Fíjese para el año 2019, en la Zona Común de Pesca, una captura total permisible (CTP) de 5.500 toneladas para el conjunto de rayas costeras y de 3.500 toneladas para el conjunto de rayas de altura. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 18/2018. Habilítese para la especie pez palo el total de la reserva administrativa de captura de 500 t prevista en el Art 2º) de la Resolución N° 5/18. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 19/2018. Habilítese para la especie besugo el total de la reserva administrativa de captura de 400 t prevista en el Art 2º) de la Resolución N° 6/18. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución 20/2018. Habilítese el total de la reserva administrativa de captura de 350 t prevista en el Art. 2º) de la Resolución N° 18/17 para el conjunto rayas de altura para el año 2018. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 19 de diciembre de 2018.*

Comisión Administradora del Río de la Plata y Comisión Técnica Mixta del Frente Marítimo. Resolución Conjunta 2/2018. Fíjese una captura total permisible (CTP) de 38.000 toneladas para la especie corvina (Micropogonias furnieri) en el área geográfica del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo para el año 2019. Firma: 13 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 20 de diciembre de 2018.*

Comisión Administradora del Río de la Plata. Resolución 11/2019. Se aprueba el texto del Reglamento de Uso y Navegación del Canal Martín García versión 2019 (REMAGA 2019). Firma: 13 de marzo de 2019. *Publicación en el Boletín Oficial: 22 de marzo de 2019.*

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Normas nacionales destacadas

Ley 27.497. Se aprueba el Acuerdo de Complementación Económica N° 35 celebrado entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Chile —Sexagésimo Primer Protocolo Adicional—, suscripto en la ciudad de Montevideo —República Oriental del Uruguay— el 4 de enero de 2018. Sanción: 18 de diciembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 10 de enero de 2019.*

Administración Federal de Ingresos Públicos. Resolución General 4331. Se incorpora al ordenamiento jurídico nacional la Decisión N° 03 del Consejo del Mercado Común (CMC) del 9 de octubre de 2018, referida al Régimen Aduanero de Equipaje en el MERCOSUR. Firma: 7 de noviembre de 2018. *Publicación en el Boletín Oficial: 8 de noviembre de 2018.*

Tratados en vigor para la República Argentina

Acuerdo por Canje de Notas entre la República Argentina y la República de Chile para el cambio de denominación del paso fronterizo “Sin Nombre” a paso “Minas-Ñuble”. Firma: Santiago de Chile, 22 de agosto de 2018. *Vigor: 22 de agosto de 2018.*

Acuerdo por Canje de Notas entre la República Argentina y la República de Chile para el Proyecto de Metodología y Coordinación del Cierre y Reapertura del Paso Sistema Cristo Redentor. Firma: Santiago de Chile, 22 de agosto de 2018. *Vigor: 22 de agosto de 2018.*

Convenio Aduanero relativo al Transporte Internacional de Mercancías al Amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975). Celebración: Ginebra, 14 de noviembre de 1975. Aprobación: Ley n° 27.448. *Vigor: 30 de abril de 2019.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Sexagésimo Segundo Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 05 de noviembre de 2018. *Vigor: 14 de diciembre de 2018.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Sexagésimo Tercer Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 05 de noviembre de 2018. *Vigor: 14 de diciembre de 2018.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Sexagésimo Cuarto Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 20 de noviembre de 2018. *Vigor: 04 de enero de 2019.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Sexagésimo Quinto Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 20 de noviembre de 2018. *Vigor: 04 de enero de 2019.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Sexagésimo Sexto Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 20 de noviembre de 2018. *Vigor: 04 de enero de 2019.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Sexagésimo Séptimo Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 20 de noviembre de 2018. *Vigor: 04 de enero de 2019.*

Acuerdo por canje de notas entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la suscripción del “Sexto Protocolo Adicional al Apéndice I del Acuerdo de Complementación Económica no. 55” que sustituirá al quinto protocolo adicional. Firma: Buenos Aires, 18 y 19 de marzo de 2019. *Vigor: 19 de marzo de 2019.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 35 celebrado entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Chile – Sexagésimo Primer Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 4 de enero de 2018. Aprobación: Ley N° 27.497. *Vigor: 1° de mayo de 2019.*

Acuerdo de Complementación Económica N° 18 celebrado entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (AAP. CE/18) - Centésimo Septuagésimo Primer Protocolo Adicional. Celebración: Montevideo, 15 de marzo de 2018. *Vigor: 18 de abril de 2019.*

CONVOCATORIA A CONTRIBUIR EN LA REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN

La Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración (RIDII) convoca a profesores, investigadores y profesionales de la especialidad para contribuir con artículos y comentarios jurisprudenciales en las secciones de Derecho Internacional Privado, Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración. Los mismos serán sometidos a referato, por el sistema de doble ciego.

EL NÚMERO 11 RECIBIRÁ ARTÍCULOS HASTA EL DÍA 11 DE OCTUBRE DE 2019.

La Revista Iberoamericana de Derecho Internacional es una publicación semestral de libre acceso (mayo/junio y noviembre/diciembre) en formato digital y que cuenta con una edición especial en formato papel al finalizar el año.

La Revista se centra en el análisis de los problemas internacionales y su debate mediante la colaboración de trabajos elaborados por investigadores, docentes, profesionales y estudiantes que se reflejan en artículos, selección de decisiones judiciales y sus comentarios, así como legislación acorde a la especialidad.

Entre sus autoridades se destaca la designación de un Consejo Académico, integrado por profesores de extenso desempeño en el ámbito universitario y un Comité de Redacción integrado por docentes y estudiantes de grado y posgrado que colaboran en la edición de cada número de la Revista.

El contenido de la Revista se divide en tres secciones: a) Derecho Internacional Privado; b) Derecho Internacional Público; c) Derecho de la Integración. Cada una de ellas cuenta con una sección de Doctrina, Comentarios a jurisprudencia, Fallos de interés y, de corresponder, novedades normativas.

Objetivo: La Revista se encuentra orientada a actualizar, informar y debatir novedades jurisprudenciales, doctrinarias y legislativas que resulten de valía para el derecho internacional. El contenido de la obra está dirigido a especialistas, investigadores, estudiantes de grado y posgrados interesados en la materia, así como a profesionales que se desempeñan en y ante agencias gubernamentales nacionales, provinciales o municipales (incluyendo el poder judicial), ONG's con componentes de alcance internacional, medios de comunicación y otros ámbitos relacionados con las relaciones internacionales como el comercio

internacional, la cooperación, la diplomacia y seguridad internacional, para mencionar algunas, así como en cualquier otra área que requiera de una aplicación y un análisis serio de los problemas actuales.

Idioma: La Revista Iberoamericana de Derecho Internacional recibe aportes, preferentemente, en Español y Portugués.

Temas Tratados:

Derecho Internacional Privado.

Derecho Internacional Público.

Derecho de la Integración.

Normas de presentación

I. Notas a pie de página:

1. Las notas a pie de página deben ser ubicadas al final de cada página.
2. Apellido, Nombre. El apellido debe estar escrito en letras versales (no confundir con mayúsculas).

E.g.: Maekelt, Tatiana

3. Si hay más de cuatro autores, se colocará VV.AA. (varios autores), siempre que no haya alguno o algunos de esos autores que actúen como director(es), editor(es) o coordinador(es) de la obra.
4. Los títulos de los artículos deben estar escritos en caracteres normales, entre comillas. Deben estar seguidos por una coma y el nombre de la revista o del libro en donde han sido publicados. Si se trata de un libro, antes del o los directores o editores del mismo, debe estar escrito “en:”. El nombre de la revista debe estar en cursiva y estar seguido del año, después de una coma (tanto el número como el volumen de esta publicación, deben figurar antes del año, si es necesario). Finalmente, las páginas deben estar indicadas en alguno de los siguientes modos:

E.g.: Operti Badán, Didier, “La aplicación de las normas del MERCOSUR por el juez nacional”, RUDIP, 1999, pp. 65-74. da Gama e Souza, Luiza, “A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional”, en: P.B. Casella y N. de Araujo (coords.), Integração jurídica interamericana, São Paulo, LTr, 1998, pp. 373 ss.

5. Los títulos de libros deben estar escritos en cursiva seguido de la edición, la ciudad, el editor, y el año de publicación.

E.g.: Audit, Bernard, Droit international privé, 5^a ed., Paris, Dalloz, 2008.

II. Encabezados

Colocar los encabezados al comienzo de cada epígrafe y numerarlos de acuerdo a la siguiente forma:

I. ...

1. ...

a...

Después del título del capítulo, colocar un Sumario, con los títulos de todos los epígrafes.

III. Información concerniente al autor

Incluir en la primera nota al pie (*) un cv del autor/es de dos o tres líneas.

IV. Procesamiento y formato electrónico

La forma de procesado debe ser en Word para Windows. Espacio 1,5, letra Garamond, tamaño 12, notas al pie en tamaño 10. Márgenes predeterminados. Hoja A4.

El título del capítulo y el nombre completo del autor/es deben ir centrados en negrita, en Garamond, tamaño 14.

V. Extensión

Artículos de doctrina: entre 12 y 35 páginas. Las colaboraciones deben tener una extensión de entre 8.000 y 16.000 palabras, incluyendo las notas al pie de página.

Comentarios de jurisprudencia: entre 8 y 20 páginas

VI. Resumen y palabras clave

Incluir un resumen o abstract en el idioma original (español o portugués) y en inglés. Asimismo, incorporar entre cuatro y seis palabras clave en idénticos idiomas.

VII. Envío del artículo

El artículo debe ser enviado por mail a revistaridii@gmail.com

VIII. Proceso de revisión por pares

Los trabajos de doctrina y comentarios de jurisprudencia serán sometidos a referato, por el sistema de doble ciego.