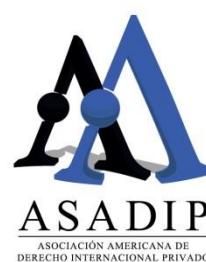


Cuadernos
ASADIP/
Jóvenes Investigadores

1

- I. Presentación
- II. Trabajos de doctrina
- III. Análisis de jurisprudencia
- IV. Reseñas bibliográficas
- V. Crónica de eventos



CONSEJO EDITORIAL

DIRECTORAS

Paula M. ALL (Argentina)
Claudia C. MADRID MARTÍNEZ (Venezuela)

COMITÉ ACADÉMICO EVALUADOR

Renata ALVARES GASPAS (Brasil)
Roque CAIVANO (Argentina)
Laura CAPALBO (Uruguay)
Laura CARBALLO (España)
Andrés CARRASQUERO (Venezuela)
Marcelo DI FILIPPO (Italia)
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO (Francia)
Ignacio GOICOECHEA (Argentina)
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN (México)
Eugenio HERNÁNDEZ BRETÓN
(Venezuela)
Carolina IUD (Argentina)
Augusto JAEGER (Brasil)
Luciane KLEIN VIEIRA (Brasil)
Claudia LIMA MARQUES (Brasil)
Gonzalo LORENZO (Uruguay)
José L. MARÍN (Colombia)
Zhandra MARÍN (Estados Unidos)
José MORENO RODRÍGUEZ (Paraguay)
Juan J. OBANDO (Costa Rica)
Javier OCHOA (Venezuela)
Martha OLIVAR JIMÉNEZ (Brasil)
Mario OYARZABAL (Argentina)
Guillermo PALAO (España)
Valesca RAIZER BORGES (Brasil)
Mírian RODRÍGUEZ (Venezuela)
Luis E. RODRÍGUEZ CARRERA (Venezuela)
Nieve RUBAJA (Argentina)
Roberto RUÍZ DÍAZ LABRANO (Paraguay)
Luciana SCOTTI (Argentina)
Daniela TREJO (Brasil)
Juan M. VELÁZQUEZ GARDETA (España)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Florencia S. WEGHER OSCI (Argentina)
Erick D. BARRIOS BASTARDO (Venezuela)

COMITÉ DE TRADUCCIONES

Zhandra MARÍN (Estados Unidos)
Carla RESENDE (Brasil)

Asociación Americana de Derecho Internacional Privado - ASADIP

Avenida Senador Long N° 463 e/ Del
Maestro y Bertoni, Asunción, Paraguay

Secretaría de redacción

Cuadernos ASADIP – Jóvenes
Investigadores. Moreno 3250, Santa Fe,
Argentina. email: cuadernos@asadip.org.

ÍNDICE

I. Presentación

II. Trabajos de doctrina

A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu.....13

Aline BELTRAME DE MOURA

La “maternidad subrogada” en el Derecho internacional privado: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada.....31

Jonathan M. BRODSKY

Las operaciones de pago *on line* en el territorio español: especial atención a las transferencias transfronterizas.....51

David CARRIZO AGUADO

El contrato laboral internacional y el *forum non conveniens* en Venezuela.....67

Carolina DALY MAESTRE

A construção de um conceito de internacionalidade contratual pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....79

Frederico E. Z. GLITZ

Cross-border Civil Litigation for Environmental Damages Committed Abroad by Multinational Corporations. The Dutch Shell Nigeria Case.....93

Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ

La garantía a primera demanda.....115

Raúl H. PEREIRA DE SOUZA FLEURY

Contaminación transfronteriza: desregulación y conflicto social.....129

María Lucila REYNA

La situación del viudo en la sucesión internacional en Francia, en España, en la Unión Europea.....147

Fernanda SABAH GOMES SOARES

Por uma fundamentação humanista da autonomia da vontade em direito internacional privado.....	167
Lucas SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA	

III. Análisis de jurisprudencia

¿Se puede notificar por correo postal dirigido a Estados Unidos de América una demanda que tramita en Argentina? Comentario a la sentencia: Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 16/07/2014, “ <i>Miceli Elsa Alicia c/ System Link y otro s/ beneficio de litigar sin gastos</i> ”.....	185
Sebastián PAREDES	

Entre Escila y Caridbis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia. A propósito de la sentencia Corte Internacional de Justicia en “Alemania c. Italia - con intervención de Grecia”.....	197
Florencia S. WEGHER OSCI/Carolina CAPOVILLA	

IV. Reseñas bibliográficas

Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos por Luciane Klein Vieira, Buenos Aires / Montevideo, BdeF, 2013.....	215
María Florencia CLEMÉNT	

Derecho Internacional Privado para un mundo globalizado por María Mercedes Albornoz, México D.F., Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014.....	217
Santiago RAMÍREZ REYES	

Cooperación jurídica en el Mercosur: nacimiento de un derecho procesal civil mercosureño por Renata Alvares Gaspar, Santos, Editora Universitaria Leopoldianum, 2014.....	221
Florencia S. WEGHER OSCI	

V. Crónica de eventos

XLI Curso de Derecho Internacional de la OEA en Río de Janeiro “Solución de Controversias en el Derecho Internacional”, agosto de 2014.....225
Diego E. RÍOS SOLARES

Abreviaturas

<i>AADI</i>	<i>Anuario argentino de derecho internacional</i>
<i>AEDIPr</i>	<i>Anuario español de derecho internacional privado</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>AHLADI</i>	<i>Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional</i>
<i>AJCL</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>AJIL</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>All ER</i>	<i>All England Law Reports</i>
<i>Arb. Int.</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>Arbitration</i>	<i>Arbitration (The Chartered Institute of Arbitrators)</i>
<i>Arb. Journ.</i>	<i>Arbitration Journal</i>
<i>ARLA</i>	<i>The American Review of International Arbitration</i>
<i>BM/WB</i>	Banco Mundial
<i>ASA Bull.</i>	<i>Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage</i>
<i>BMDC</i>	<i>Boletín mexicano de derecho comparado</i>
<i>BYBIL</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
<i>CCI</i>	Cámara de Comercio Internacional
<i>CDT</i>	<i>Cuadernos de derecho transnacional</i>
<i>CIADI</i>	Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones (BM)
<i>CIDACI</i>	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales
<i>CIDIP</i>	Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr
<i>CJI</i>	Comité Jurídico Interamericano (OEA)
<i>CLR</i>	<i>Loyola Consumer Law Review</i>
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>CNUDMI</i>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<i>Col. Journ. T. L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>Dalloz</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DC</i>	<i>Droit de la consommation</i>
<i>DeCITA</i>	<i>Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades</i>
<i>DIP</i>	Derecho internacional público
<i>DIPr</i>	Derecho internacional privado
<i>Dir. comm. int.</i>	<i>Diritto del commercio internazionale</i>
<i>ED</i>	<i>El Derecho</i>
<i>ERPL</i>	<i>European Review of Private Law</i>
<i>FMI</i>	Fondo Monetario Internacional
<i>Ga. J. Int. Comp. L.</i>	<i>Georgia Journal of International and Comparative Law</i>
<i>LALR</i>	<i>International Arbitration Law Review</i>
<i>IBL</i>	<i>International Business Lawyer</i>
<i>ICC Bull.</i>	<i>ICC International Court of Arbitration Bulletin</i>

ICCLR	<i>International Company and Commercial Law Review</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
ICSID	<i>Rev. ICSID Review –Foreign Investment Law Journal</i>
IDR	<i>Journal of International Dispute Resolution</i>
IHR	<i>Internationales Handelsrecht</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
Int.	<i>Lawyer International Lawyer</i>
IPRax	<i>Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts</i>
JA	<i>Jurisprudencia Argentina</i>
JBL	<i>Journal of Business Law</i>
JCI Inter.	<i>Juris-classeur de droit international</i>
JCP	<i>Journal of Consumer Policy</i>
JDI	<i>Journal de droit international</i>
JIA	<i>Journal of International Arbitration</i>
JIEL	<i>Journal of International Economic Law</i>
Journ. Arb.	<i>Journal of Arbitration</i>
JPIL	<i>Journal of Private International Law</i>
JWI	<i>Journal of World Investment</i>
JWT	<i>Journal of World Trade</i>
LPIB	<i>Law and Policy in International Business</i>
MASC	Métodos alternativos para la solución de controversias
MERCOSUR/ MERCOSUL	Mercado Común del Sur
NwJILB	<i>Northwestern Journal of International Law & Business</i>
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de los Estados Americanos
OHADA	Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en África
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RabelsZ	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
Rass. arb.	<i>Rassegna dell'arbitrato</i>
RB4	<i>Revista Brasileira de Arbitragem</i>
RCEA	<i>Revista de la Corte Española de Arbitraje</i>
RDAl/IBLJ	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
RDCO	<i>Revista de derecho comercial y de las obligaciones</i>
RDIDC	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
RDIPP	<i>Revista di diritto internazionale privato e processuale</i>
Recueil des Cours	<i>Recueil des Cours de l'Académie de la Haye de droit international</i>
REDC	<i>Revue européenne de droit de la consommation</i>
ReDeco	<i>Revista electrónica de derecho del consumo y de la alimentación</i>
REDI	<i>Revista española de derecho internacional</i>
Rev. arb.	<i>Revue de l'arbitrage</i>

<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. der. priv. com.</i>	<i>Revista de derecho privado y comunitario</i>
<i>Rev. dos Trib.</i>	<i>Revista dos Tribunais</i>
RFCJPUCAB	<i>Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UC - AB</i>
RFCJPUCV	<i>Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV</i>
<i>Rev. Inf. Leg.</i>	<i>Revista de Informação Legislativa</i>
<i>Rev. mex. DIPr</i>	<i>Revista mexicana de derecho internacional privado</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Riv. Arb</i>	<i>Rivista dell'arbitrato</i>
RIW	<i>Recht internationalen Wirtschaft</i>
RPS	<i>Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit</i>
RSDA/SZW	<i>Revue suisse de droit des affaires et du marché financier</i>
RSDIE/SZIER	<i>Revue suisse de droit international et européen</i>
RTYS	<i>Revista de transporte y seguros</i>
RUDI	<i>Revista uruguaya de derecho internacional</i>
RUDIP	<i>Revista uruguaya de derecho internacional privado</i>
<i>SchiedsVZ</i>	<i>Zeitschrift für Schiedsverfahren – German Arbitration Journal</i>
TBI	Tratado bilateral de inversiones
TLC	Tratado de libre comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
<i>Trans.</i>	<i>Lawyer Transnational Lawyer</i>
<i>U. Miami Inter-</i>	<i>University of Miami Inter-American Law Review</i>
UE	Unión Europea
UCC L.	<i>Journ. Uniform Commercial Code Law Journal</i>
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
<i>Unif. L. Rev./</i>	<i>Uniform Law Review (UNIDROIT)</i>
<i>Rev. dr. unif.</i>	
<i>Va. Journ. T. L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>VuR</i>	<i>Verbraucher und Recht</i>
WTAM	<i>World Trade and Arbitration Materials</i>
YBCA	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>
YBPIL	<i>Yearbook of Private International Law</i>
<i>Zeup</i>	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i>
<i>ZfRV</i>	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i>
<i>ZVglRwiss</i>	<i>Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften</i>
<i>ZZPInt</i>	<i>Zeitschrift für Zivilprozeß International - Jahrbuch des Internationalen</i>

Presentación

Hoy presentamos el primer número de **Cuadernos ASADIP – Jóvenes investigadores**, una publicación académica electrónica de la ASADIP, con referato internacional, destinada a los jóvenes investigadores de hasta 35 años de edad, cuyo objetivo fundamental es favorecer y promover la generación de trabajos académicos según las reglas de arbitraje científico.

En **Cuadernos ASADIP – Jóvenes investigadores**, las Vicepresidencias de Comunicación y Publicaciones y la Académica nos hemos propuesto contribuir con la producción editorial de las ideas de quienes se inician en la investigación, de manera de servir de puente al diálogo entre las diferentes investigaciones vinculadas con el Derecho internacional privado y disciplinas afines. Pretendemos de este modo ser un medio ágil para facilitar la publicación y difusión de los artículos, ensayos, actividades y resultados de las investigaciones realizadas por los jóvenes investigadores.

Así, convencidos de que el trabajo de investigación que se lleva a cabo en las Universidades de las Américas en materia de Derecho internacional privado es sumamente amplio, lo cual se ha puesto en evidencia no sólo en la cantidad y calidad de becarios jóvenes que acceden a distintos programas, sino también en la actuación de los mismos en diversas competencias internacionales (*Moots*), intentamos abrir esta ventana.

Para ello hemos contado con el apoyo de numerosos especialistas en la materia, a quienes queremos agradecer por ello, especialmente por su gran aporte en la evaluación de los trabajos que hoy se publican, los cuales son una muestra representativa del valor de las nuevas generaciones en nuestra región.

En este primer número el Comité Académico decidió recomendar la publicación de diez trabajos para la sección de doctrina, dos para comentarios de jurisprudencia, tres para reseñas bibliográficas y un comentario sobre eventos. Este número da cuenta del interés que ha despertado **Cuadernos ASADIP – Jóvenes investigadores**.

Los temas son muy variados. Así, en la sección de doctrina, encontramos trabajos sobre la autonomía de la voluntad en derecho internacional privado, la situación del viudo en las sucesiones internacionales, el concepto jurisprudencial de internacionalidad contractual, los medios de pago electrónico, la maternidad subrogada en el derecho internacional privado, el contrato laboral internacional y el *forum non conveniens*, el desplazamiento de la nacionalidad por la residencia habitual en el derecho internacional privado europeo, los litigios internacionales en casos de contaminación transfronteriza, las garantías a primera demanda y la desregulación y conflicto social en materia de contaminación transfronteriza.

Los comentarios de jurisprudencia incluyen el análisis del caso “*Alemania c. Italia*”, resuelto por la Corte Internacional de Justicia y el caso “*Miceli Elsa Alicia c/ System Link y otro, s/ beneficio de litigar sin gastos*”, resuelto por tribunales argentinos que versa sobre notificaciones postales.

En la sección referida a las reseñas bibliográficas, se comentan tres obras de destacadas profesoras miembros de nuestra Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP): *Cooperación jurídica en el Mercosur: nacimiento de un derecho procesal civil mercosureño*, de Renata Alvares Gaspar, *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía transfronterizos*, de Luciane Klein Vieira y *Derecho Internacional Privado para un mundo globalizado*, de María Mercedes Albornoz.

Finalmente en la parte atinente a eventos se presenta el comentario referido al desarrollo del XLI Curso de Derecho Internacional de la OEA “Solución de Controversias en el Derecho Internacional”, llevado a cabo en Río de Janeiro en agosto de 2014.

Deseamos agradecer el trabajo de nuestros Secretarios de Redacción y, en este número en particular, muy especialmente a Florencia Wegher Osci por su dedicación para poder finalizar a tiempo y cumpliendo con todas las formalidades que esta nueva publicación electrónica exige.

Estamos convencidas de que **Cuadernos ASADIP – Jóvenes investigadores** será la primera de muchas oportunidades que tendremos para dar a conocer el trabajo de las nuevas generaciones. ASADIP abre hoy esta puerta, con la consigna de promover un fructífero intercambio de ideas en la región.

Paula María ALL / Claudia MADRID MARTÍNEZ
Directoras | Cuadernos ASADIP

ARTÍCULOS

A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu

Aline BELTRAME DE MOURA*

Resumo

As relações privadas com conexão internacional no campo do direito pessoal e de família tem sido objeto de recente e crescente regulamentação por parte das instituições da União Europeia. Tal processo legislativo tem evidenciado a tendência ao abandono do recurso ao critério de conexão da nacionalidade em favor daquele da residência habitual do indivíduo enquanto critério politicamente integrador do direito internacional privado europeu. Resta saber se efetivamente a residência habitual cumpre com a tão aclamada busca pela segurança jurídica e pela previsibilidade das soluções no campo das relações privadas com conexão internacional e se realmente evita a ocorrência de eventuais discriminações na hipótese de utilização do critério da nacionalidade no âmbito da União Europeia.

Abstract

The private relations with foreign elements in the field of personal and family law have been the subject of recent and increasing regulation by the European institutions. This legislative process has shown a tendency to abandon the connecting factor of nationality in favour of using habitual individual residence as a politically integrative criterion of European private international law. It remains to be seen whether the habitual residence effectively fulfils the much acclaimed quest for legal certainty and predictability of the solutions in the field of private relations with foreign elements and if it definitely avoids any discrimination in case of using the criterion of nationality within the European Union.

Registro bibliográfico

BELTRAME DE MOURA, Aline, “A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp. 13-30.

Descriptor/Descriptors

- nacionalidade, direito internacional privado europeu, critérios de conexão.
- nationality, private international law, connecting factors.

* Doutora em Direito Internacional na Università degli Studi di Milano, Itália. Bolsista CAPES Doutorado Pleno no Exterior.

Sumário: I. Introdução. 1. A) (in)Definição do conceito de residência habitual enquanto critério de conexão. 2. Regulamentos da União Europeia relativos à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de direito de família. A) Regulamento nº 4/2009 sobre as obrigações alimentares. B) O Regulamento n. 1259/2010 sobre divórcio e separação judicial. C) Regulamento nº 650/2012 sobre sucessões. D) As propostas de Regulamento em matéria de efeitos patrimoniais do matrimônio e da parceria registada. II. Considerações finais. III. Referências bibliográficas.

I. Introdução

Observa-se como a crescente regulamentação do direito internacional privado pelas instituições da União Europeia, envolvendo também o campo do direito pessoal e de família, tenha evidenciado a tendência ao abandono do recurso ao critério de conexão da nacionalidade em favor daquele da residência habitual do indivíduo enquanto critério politicamente integrador¹.

As novas competências comunitárias encontram embasamento legal no título V do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, dedicado ao “Espaço de liberdade, segurança e justiça”, em particular no art. 81, segundo o qual a União, fundada nos princípios do reconhecimento recíproco das decisões judiciais e extrajudiciais, desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com implicações transnacionais, podendo incluir a adoção de medidas destinadas a aproximar as disposições legislativas e regulamentares dos Estados-membros.

Além da marginalização do critério de conexão da nacionalidade, a introdução da autonomia privada nos regulamentos comunitários em matéria de relações pessoais e familiares revoluciona a teoria do “direito privado necessário” de Pasquale Stanislao Mancini, segundo a qual em matéria de estatuto pessoal ao indivíduo é negada qualquer tipo de faculdade, não podendo ser aplicado nada além da lei que corresponda a sua própria nacionalidade². Trata-se de uma verdadeira inovação no sistema do direito internacional privado de diversos países europeus que possuem matriz manciniiana e que têm visto a disciplina das relações familiares passar de um plano puramente nacional para

¹ Na doutrina encontram-se críticas a esse respeito. Nesse sentido, Jürgen Basedow salienta que quando seja competente um tribunal de um Estado, o juiz deve avaliar as várias relações de proximidade entre o caso e os Estados envolvidos. O objetivo das regras de conexão é a aplicação da lei nacional com a qual o caso concreto tenha a relação mais estreita. Sob tal perspectiva, *“l’application de la loi du for n’est pas nécessairement un privilège et celle d’une loi étrangère désignée en vertu de la nationalité d’une personne peut servir le but ultime du droit international privé de manière plus efficace. La critique parfois trop machinale du rattachement à la nationalité dans les conflits de lois paraît donc mal fondée.”* Para aprofundamento, ver: J. BASEDOW, “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne”, *Rev. crit. DIP*, nº 3, 2010, pp. 432-433.

² E. VITTA, “Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano”, *RDIPP*, vol. 16, 1980, pp. 346 ss.

uma esfera internacional ou quanto menos comunitária³.

Portanto, a tendência à superação do critério da nacionalidade, assim como em certa medida também do domicílio, em favor do critério da residência habitual do indivíduo⁴ apresenta-se como reflexo de um mundo submetido a um inevitável processo de globalização, no qual a residência resulta ser o critério mais apto a garantir uma maior uniformidade e certeza nas relações pessoais do sujeito privado no espaço de liberdade, segurança e justiça europeu onde a circulação das pessoas constitui um dos corolários fundamentais do processo de integração regional da União Europeia.

1. A) (in)Definição do conceito de residência habitual enquanto critério de conexão

É importante recordar que a tendência à superação do critério da nacionalidade apresenta-se não somente em âmbito europeu, mas também em diversas convenções de natureza internacional das quais emerge a evidente intenção dos Estados de proceder a uma uniformização das normas de direito internacional privado⁵. Na esfera comunitária, a preferência pela utilização da residência habitual como critério de conexão nas questões relativas ao direito de família determina o surgimento de ulterior questão relativa à definição do conceito de residência habitual. Na realidade, todos os regulamentos que aqui serão analisados, mesmo incluindo uma sessão dedicada às “definições” dos termos utilizados, não fazem qualquer alusão ao significado e ao alcance do conceito de residência habitual.

A supressão dessa lacuna somente ocorreu por meio da atividade interpretativa do Tribunal de Luxemburgo, o qual adotou uma postura pragmática e funcional, adaptando a noção de residência habitual a cada contexto jurídico no qual se encontra inserida, bem como levando em consideração a natureza e o objetivo perseguido pela norma comunitária, a fim de que tal conceito não recebesse uma definição unívoca⁶. Quando pela primeira vez se apresentou a oportunidade de o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronunciar a tal respeito, em um caso de responsabilidade parental ligado à matéria de direito internacional privado, o acórdão evitou fornecer qualquer definição precisa da noção de residência habitual, preferindo apenas indicar ao juiz nacional alguns elementos que deveriam ser levados em consideração para tal finalidade⁷.

³ I. QUEIROLO / L. CARPANETO, “Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III”, *RDIPP*, vol. 48, n° 1, 2012, pp. 59-61.

⁴ De fato, já a partir da segunda Conferência de Haia, os delegados dos Estados interrogaram-se sobre a oportunidade de atenuar os problemas que o critério do domicílio comportava, refletindo acerca da introdução de um novo conceito mais eficaz e flexível como o da residência. Veja-se: M. MELLONE, “La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”, *RDIPP*, vol. 46, n°3, 2010, p. 688.

⁵ A Convenção de Haia de 5 de outubro de 1961 sobre a competência das autoridades e da lei aplicável em matéria de tutela dos menores baseia-se no critério da residência habitual do menor; do mesmo modo, a Convenção de Haia sobre a lei aplicável às obrigações alimentares de 2 de outubro de 1973 consagra como conexão principal a residência habitual do credor de alimentos e somente subsidiariamente a nacionalidade.

⁶ M. MELLONE (nota 5), pp. 692 ss.

⁷ Acórdão do TJUE, C-523/07 de 2 de abril de 2009, *A*. O ponto 44 afirma que a residência corresponde ao local que denota uma certa integração do menor em um ambiente social e familiar, devendo-se considerar a

A doutrina, por sua vez, moveu-se no sentido de definir a residência habitual tendo por base uma interpretação autônoma e idêntica para as autoridades de todos os Estados-membros. Trata-se, assim, de um conceito que “*equivale a ‘centro social de vida’ o lugar donde el interesado ha fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable*”⁸. Em outras palavras, de um critério de tipo empírico que indica o lugar no qual o interessado fixou o centro permanente dos seus interesses com um certo nível de estabilidade⁹, independentemente do local do registro da sua residência.

Com base nessas observações preliminares, podemos passar à análise das formas com as quais essa mudança está ocorrendo em âmbito europeu através do exame dos regulamentos n. 4/2009 sobre as obrigações alimentares, n.º 1259/2010 sobre o divórcio e separação pessoal, n. 650/2012 sobre sucessões, bem como das propostas de Regulamento em matéria de efeitos patrimoniais do matrimônio e da parceria registrada.

2. Regulamentos da União Europeia relativos à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de direito de família

A) Regulamento n.º 4/2009 sobre as obrigações alimentares

Com o objetivo de consolidar a criação de um verdadeiro espaço judiciário fundado no princípio do mútuo reconhecimento das decisões judiciais e levando em consideração que, em consequência do gozo da liberdade de circulação garantida em nível comunitário, o número de pessoas interessadas em satisfazer um crédito alimentar “transfronteiriço” é destinado a crescer cada vez mais¹⁰, o Conselho adotou o Regulamento n. 4/2009 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares derivadas das relações de família, de parentela e de afinidade¹¹.

duração, a regularidade, as condições e as razões da escolha de um Estado-membro e da transferência da família para tal País, da nacionalidade do menor, do local e das condições da frequência escolar, dos conhecimentos linguísticos, bem como das relações familiares e sociais do menor em tal Estado.

⁸ J. C. GONZALEZ / F. SEATZU, “Normas de competência judicial internacional en la propuesta de Reglamento Roma III”, *RDIPP*, vol. 45, n.º3, 2009, p. 573.

⁹ R. CLERICI, “Il nuovo regolamento dell’Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Famiglia e diritto*, 2011, p. 1057.

¹⁰ Acrescenta-se que a possibilidade de escolha foi excluída quando o caso concreto envolve um menor de 18 anos, conforme previsão do art. 4.3. Muito embora inspirada na intenção de tutela do menor, uma restrição tão rígida não parece, todavia, ser a melhor solução, tendo em vista que o foro escolhido poderia se revelar o mais favorável à criança. Seria oportuno, ao invés, condicionar a eficácia do foro acordado à constatação de um interesse do menor. Nesse sentido: I. QUEIROLO / L. CHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell’Unione europea e relazioni familiari*, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 395.

¹¹ O Regulamento n.º 4/2009 de 19 de dezembro de 2008 substituiu, nesta matéria, o Regulamento n. 44/2001, Bruxelas I, assim como o Regulamento n.º 805/2004, salvo para os títulos executivos europeus relativos às obrigações alimentares emitidos em um Estado-membro não vinculado ao Protocolo de Haia de 23 de novembro de 2007. Para uma análise completa sobre o Regulamento n. 4/2009 veja-se: F. MOSCONI / C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. statuto personale e diritti reali*, vol II, 3.ª ed., UTET,

A propósito da jurisdição, os critérios de conexão sobre tal competência são disciplinados pelo art. 3 que prevê como regra geral a competência da autoridade jurisdicional do local no qual o requerido ou o credor residam habitualmente. Todavia, a principal novidade, ao menos do ponto de vista formal, são as disposições contidas nas letras “c” e “d”, pois atribuem competência ao juiz da ação relativa à responsabilidade parental e ao estado das pessoas, quando o pedido de alimentos seja acessório à ação principal, salvo se tal competência se basear exclusivamente sobre a nacionalidade de uma das partes¹². A interpretação restritiva de tais exceções tende a evitar qualquer discriminação fundada na nacionalidade e, portanto, confirmar o conteúdo do art. 18 do TFUE¹³.

Sob a perspectiva da nacionalidade, portanto, nota-se como o critério de conexão a este referido, apesar de não eliminado da disciplina, tenha sido de qualquer forma significativamente redimensionado. Nos casos de dupla nacionalidade de uma ou ambas as partes, cada nacionalidade, mesmo se não efetiva, é válida para os fins de adimplemento da condição da “*sufficient connection*” solicitada pelo regulamento¹⁴. Enfim, a previsão da eleição do foro é contemplada pelo art. 4, prevendo que as partes podem acordar que sejam competentes a autoridade jurisdicional do Estado-membro no qual uma das partes resida habitualmente ou de que uma delas tenha a nacionalidade¹⁵.

Com relação à determinação da lei aplicável, o art. 15 do Regulamento efetua um redirecionamento¹⁶ para a disciplina contida no Protocolo de Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares para os Estados-membros vinculados a tal instrumento¹⁷. Considerando, desse modo, o Protocolo, observa-se que este determina como critérios de conexão para a individualização da lei aplicável uma

Torino, 2011, pp. 236-262. Ainda: F. VILLATA, “Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n° 4/2009”, *Rivista di diritto internazionale*, n° 3, 2011, pp. 731-776.

¹² F. POCAR/I. VIARENGO, “Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, *RDIPP*, vol. 45, n° 4, 2009, p. 813.

¹³ Art. 18 TFUE: “No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação”.

¹⁴ J. BASEDOW (nota 2), p. 443. O autor ainda afirma que “*la base de la compétence dans ce cas n’est cependant pas la nationalité, mais l’accord des parties. Cet accord n’étant permis qu’avec des limitations, la nationalité sert de critère indiquant un lien de proximité qui rend cet accord admissible.*”

¹⁵ F. POCAR/I. VIARENGO (nota 13), p. 814.

¹⁶ Para uma análise completa sobre o redirecionamento ao Protocolo por parte do Regulamento veja-se: I. QUEIROLO/L. CHIANO DI PEPE (nota 11), pp. 416-420.

¹⁷ O Regulamento, à luz do art. 76, entraria em vigor em 18 de junho 2011, desde que o Protocolo de Haia de 2007 fosse aplicável na União Europeia em tal data. Considerando que segundo o art. 25 do Protocolo este passaria a ter um valor jurídico vinculante somente após o depósito do segundo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Considerando tal situação, no momento da adesão, a União Europeia tinha declarado, em conformidade com o art. 24 do Protocolo, que teria feito uso do mecanismo da aplicação provisória de um acordo internacional antes da sua entrada em vigor se até junho de 2011 o mesmo não fosse ainda vinculante. De fato, tal hipótese foi confirmada e a União utilizou deste instrumento para dar “vida” ao Protocolo e, consequentemente, também ao Regulamento. Recentemente, a Sérvia, ratificou o Protocolo e, assim, o mesmo entrou em vigor no plano internacional em 1° de agosto de 2013.

norma geral, diversos critérios especiais e a autonomia da vontade¹⁸.

O art. 3 do Protocolo define como regra geral a lei do Estado de residência habitual do credor, preferência que demonstra como tal norma se consolida como a mais coerente com as finalidades de tutela do credor, na medida em que a residência habitual representa o lugar no qual as necessidades do indivíduo manifestam-se, parecendo lógico referir-se a esta quando se deseja estabelecer a existência e o alcance do direito em matéria alimentar¹⁹.

Além da regra geral, o Protocolo também estabelece alguns critérios especiais, como aqueles em favor de credores na relações de filiação. O art. 4.2 prevê que quando o credor não consiga obter os alimentos do devedor segundo a lei do Estado de residência habitual do credor, deve-se aplicar a *lex fori*. Ademais, o art. 4.4 disciplina a hipótese em que o credor esteja impossibilitado de obter tais alimentos através do emprego dos critérios prioritariamente previstos. Nestes casos, aplica-se a lei do Estado da eventual nacionalidade comum do credor e do devedor. Paragonando com a Convenção de Haia de 2 de outubro de 1973²⁰, único instrumento internacional precedentemente em vigor nesta matéria, é possível observar uma inversão dos papéis entre o critério da nacionalidade comum e aquele da *lex fori* no sentido de privilegiar este último, não olvidando, porém, o caráter principal da lei de residência habitual do credor²¹.

Nesse sentido, o relatório explicativo do Protocolo de Haia de 2007 afirma a necessidade do referimento à lei da nacionalidade comum nos casos em que as partes tenham uma nacionalidade comum e que esta lei estabeleça a obrigação em questão. Em tais hipóteses, parece ser injusto permitir ao devedor subtrair-se de tal obrigação somente pelo fato de que esta seja desconhecida no Estado da sua residência habitual. Portanto “*this solution allows in particular the avoidance of possible abuses. As an example, if a father claims maintenance from his son on the basis of the law of his country of habitual residence, which is also the law of their common nationality, it seems inequitable for the debtor to be able to evade his obligation by transferring his habitual residence to a State where the law does not recognise such an obligation*”²².

Com relação às obrigações alimentares entre cônjuges, ex-cônjuges ou pessoas cujo matrimônio tenha sido anulado, o art. 5 do citado Protocolo contém uma norma especial que derroga a aplicação da norma geral no momento em que uma das partes se oponha e a lei de um outro Estado, em particular aquela da última residência habitual comum, apresente uma conexão mais estreita com o matrimônio.

¹⁸ A.R. VÁZQUEZ, “La regulación del reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REDI*, vol. 19, 2010, p. 21.

¹⁹ A. MALATESTA, “La Convenzione e il Protocollo dell’Aja del 2007 in materia di alimenti”, *RDIPP*, vol. 45, n° 4, 2009, p. 840.

²⁰ Convenção de Haia de 2 de outubro de 1973 sobre a lei aplicável às obrigações alimentares. Entrou em vigor em 1° de outubro de 1977.

²¹ A. MALATESTA (nota 19), p. 841.

²² A. BONOMI, “Explanatory Report: Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations”, *Hague Conference on Private International Law*, October 2009, p. 27, ponto 105.

Uma outra norma especial relativa aos meios de defesa é prevista pelo art. 6 para alguns tipos de obrigações alimentares diferentes daquelas decorrentes de uma relação de filiação em favor de um menor e daquelas que envolvam questões matrimoniais. Nestes casos, o devedor pode alegar a ausência de obrigações alimentares em favor do credor em conformidade com a lei do seu Estado de residência habitual e da lei do Estado da eventual nacionalidade comum das partes.

No tocante à designação da lei aplicável, isto é, no âmbito do critério da autonomia da vontade das partes, o art. 7 estabelece que o credor e o devedor de alimentos podem, exclusivamente para os fins de um procedimento específico que se desenvolve em um determinado Estado, expressamente escolher a lei de tal Estado como a aplicável para uma obrigação alimentar. Todavia, uma escolha anterior ao início do procedimento deve ser objeto de um acordo redigido em forma escrita ou registrado, assinado por ambas as partes.

A mesma formalidade é prevista para a escolha da lei realizada a qualquer momento pelas partes²³. Segundo o art. 8.1 do Protocolo estas podem optar por escolher a lei do Estado em que uma delas tenha a nacionalidade ou a residência habitual, ou a lei que elas escolheram como aplicável ao seu regime patrimonial, divórcio ou separação ou, ainda, aquela efetivamente aplicada aos mesmos.

Constitui exceção à lei designada pelas partes a hipótese de renúncia do credor ao próprio direito aos alimentos. Neste caso é a lei do Estado em que o credor residia habitualmente no momento da escolha que determina se é possível efetuar tal renúncia. Do mesmo modo, caso a lei designada determine consequências manifestamente prejudiciais ou desproporcionais a uma das partes esta não deverá ser aplicada, salvo se as partes tiverem sido plenamente informadas da situação. Observa-se que o objetivo do legislador é tutelar o credor de alimentos, comportando uma limitação do âmbito de aplicação da *lex voluntatis*²⁴.

Considerando os critérios utilizados pelo Protocolo para a determinação da lei aplicável, é possível deduzir que se manteve o nível de proteção do credor de alimentos através do uso da técnica dos critérios de conexão “em cascata”, também conhecido como subsidiário²⁵, inspirado no *favor creditoris*, o qual vale recordar, já era presente na Convenção de Haia de 1973 sobre a mesma matéria, embora com um âmbito de aplicação mais amplo em relação àquele presente no Regulamento²⁶.

De qualquer forma, é importante verificar que o redimensionamento sofrido pelo critério da nacionalidade não constitui uma novidade em absoluto, dado que o critério da residência habitual já era aplicado como critério de conexão primário pela Convenção de Haia de 1973, mesmo que em âmbito internacional.

²³ A possibilidade de escolha da lei aplicável não é permitida quando se trate de obrigações alimentares que envolvam pessoas com idade menor de 18 anos ou adultos que, em razão de alterações ou da insuficiência das faculdades pessoais, não seja capaz de gerir os próprios interesses (art. 8.3 do Protocolo).

²⁴ A. MALATESTA (nota 19), p. 846.

²⁵ É subsidiário no sentido de que é previsto uma série de critérios de conexão em que os critérios subordinados operam exclusivamente no caso de os precedentes não serem capazes de produzir efeitos.

²⁶ A. MALATESTA (nota 19), p. 839.

B) O Regulamento n. 1259/2010 sobre divórcio e separação judicial

Tendo em vista a crescente circulação dos cidadãos na União e o interesse em desenvolver um espaço de liberdade, segurança e justiça sempre mais atento às matérias civis com implicações transnacionais, o Conselho adotou o Regulamento (UE) n. 1259/2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial²⁷ (conhecido como “Roma III”)²⁸. Este Regulamento, inspirado no princípio do *favor divortii*²⁹, procura responder às necessidade dos cidadãos em termos de segurança jurídica, previsibilidade e flexibilidade, de tutela do cônjuge mais vulnerável na ação de divórcio e de prevenção do *forum shopping*³⁰. Trata-se de um instrumento jurídico *erga omnes*, cujo caráter universal verifica-se diante da possibilidade da sua aplicação também onde não tenha sido designada a lei de um Estado-membro participante, isto é, quando seja aplicável a norma de um Estado terceiro.

Embora circunscrita à matéria da lei aplicável, tal normativa comunitária expressamente conecta-se ao Regulamento (CE) n. 2201/2003 sobre o reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental por meio do art. 2 do novo ato, sobretudo no que diz respeito à jurisdição. Cumpre recordar que o Regulamento de 2010 exclui do próprio âmbito de aplicação as questões relativas à

²⁷ O Conselho adotou a decisão 2010/405/UE em 10 de junho de 2010 que autorizou uma cooperação reforçada neste setor inicialmente entre 14 Estados-membros: Bélgica, Bulgária, Alemanha, Espanha, França, Itália, Letónia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Áustria, Portugal, Roménia e Eslovénia. O Regulamento foi assinado em 20 de dezembro de 2010, tornando-se aplicável em 21 de junho de 2012. Além disso, em 21 de novembro de 2012, a Comissão adotou a decisão 2012/714/UE que confirmou a participação da Lituânia na cooperação reforçada, estabelecendo que o citado Regulamento será aplicado também a esta a partir de 22 de maio de 2014. Em relação ao processo de elaboração do Regulamento veja-se: P. FRANZINA, “(commentario a cura di). Reg. UE n° 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Le nuove leggi civili commentate*, vol. 6, 2011, pp. 1435-1547 e B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 34 ss.

²⁸ Até o momento somente duas solicitações de cooperação reforçada foram apresentadas à Comissão. A primeira levou à emanção do citado Regulamento destinado a estabelecer normas uniformes em matéria de divórcio e de separação pessoal e outro em relação à criação de uma proteção unitária de patente, objeto de algumas propostas normativas. Para uma análise acerca da cooperação reforçada no âmbito de direito internacional privado europeu, veja: F. POCAR, “Brevi note sulle cooperazione rafforzate e il diritto internazionale privato europeo”, *RDIPP*, vol. 47, n° 2, 2011, pp. 297-306.

²⁹ A intervenção da União Europeia neste setor sempre perseguiu o objetivo do *favor divortii* através da eliminação dos obstáculos à circulação das decisões de dissolução do vínculo matrimonial. Nesse sentido: I. QUEIROLO / L. CARPANETO (nota 4), pp. 62-64. Todavia, alguns autores sustentam que o objetivo do *favor divortii*, princípio presente também no Regulamento n. 2201/2003, por meio da indicação de mais de um foro competente, poderia ocasionar o efeito oposto, ou seja, de constranger o cônjuge que quer se divorciar de permanecer vinculado somente porque o outro cônjuge foi mais rápido a interpor uma ação em um Estado no qual a legislação é mais restritiva, obtendo uma sentença de indeferimento. Assim: R. CAFARI PANICO, “Il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale nel nuovo regolamento Bruxelles II bis”, *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 1377.

³⁰ Os notórios objetivos em termos de segurança jurídica, de previsibilidade e de uniformização da nova disciplina foram alcançados em um número limitado de ordenamentos em razão da própria natureza do mecanismo da cooperação reforçada. Veja-se: R. CLERICI (nota 10), p. 1054.

existência, validade, reconhecimento, anulação e efeitos patrimoniais de um casamento, à capacidade jurídica das partes, ao nome dos cônjuges, à responsabilidade parental, às obrigações alimentares, ao *trust* e às sucessões.

No contexto do Regulamento n. 1259/2010, o aspecto mais inovador é, indubitavelmente, a introdução do critério de conexão constituído pela vontade das partes. Tal possibilidade potencializa a circulação dos cidadãos da União e implica uma maior segurança jurídica, tendo em vista que os indivíduos envolvidos na relação privada são conscientes, *ex ante*, das condições em que será submetido um eventual litígio, mesmo se o casal “circule” dentro da União³¹.

Salienta-se, todavia, que a possibilidade de escolha antecipada da lei aplicável ao divórcio ou a separação judicial por meio do comum acordo entre as partes é prerrogativa reservada aos casais “internacionais”. Portanto, é uma novidade destinada exclusivamente às situações dotadas de um ou mais elementos “estranhos” a um ordenamento jurídico ou também às circunstâncias que impliquem um conflito de lei³². Nota-se como, segundo o Livro Verde da Comissão, o caráter “internacional” do casamento possa ser vislumbrado naqueles casais em que os cônjuges tenham uma nacionalidade diferente ou mesmo residam em Estados diferentes ou ainda em um Estado de que não são nacionais³³, não sendo, portanto, aplicado às situações “puramente internas” a um único país.

De qualquer modo, o exercício da autonomia na escolha da lei reguladora foi prudentemente circunscrito a um número limitado de leis, todas postas sob o mesmo patamar, e que apresentam uma certa conexão com o caso concreto³⁴.

Com efeito, o art. 5.1 do Regulamento prevê que a lei escolhida pelo casal seja designada observando o momento de celebração do acordo³⁵. Dentre as possibilidades elencadas, tem-se a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges, aquela do Estado de última residência habitual dos cônjuges se um deles ainda nele resida, da nacionalidade de um dos cônjuges ou da lei do foro. Desse modo, o Regulamento individualiza a lei do Estado de nacionalidade de um dos cônjuge como legítima reguladora do divórcio. Isso

³¹ J. C. GONZALEZ/F. SEATZU (nota 9), p. 577.

³² Nesse sentido, salienta-se que o caráter transnacional não deve necessariamente englobar o “casal”, isto é, cônjuges que possuem nacionalidade ou residência habitual diferentes, mas pode se referir somente à “vida” do casal, como o caso dos nacionais de um Estado que transferem a sua residência habitual para outro Estado. Veja-se: O. Lopes Pegna. “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici”, *CDT*, vol. 2, n° 2, 2010, p. 128.

³³ COM(2005) 82 definitivo - *Libro Verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio* presentato dalla Commissione, Bruxelas, 14 de março de 2005, p. 3.

³⁴ Neste ponto o Regulamento Roma III distingue-se dos Regulamentos Roma I e II, pois estes admitem a possibilidade de designar a lei de um Estado diferente em um caso concreto puramente interno, mesmo que os efeitos de tal escolha seja limitado. Assim: I. QUEIROLO / L. CARPANETO (nota 4), p. 74; P. FRANZINA, “L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 2, 2011, pp. 488-495.

³⁵ Isto não exclui, porém, a faculdade de modificação da *optio iuris* por parte dos cônjuges tanto por meio da eventual alteração das circunstâncias do caso quanto através da escolha de um parâmetro mais oportuno. Nesse sentido: R. CLERICI. “Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (CE) n° 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione legale”, *Dir. comm. int.*, vol. XXVI, n° 2, 2012, p. 358.

significa que no caso em que um ou ambos tenham mais de uma nacionalidade multiplicam-se as leis que estes podem escolher para ser aplicada ao caso concreto, não subsistindo obstáculos à possibilidade de levar em consideração todas as nacionalidades de modo paritário³⁶.

Interessante notar como a aplicação da lei nacional ao divórcio, não mais por base objetiva, mas por escolha das partes, garanta uma tutela mais eficaz da identidade pessoal do indivíduo em uma Europa submetida à intensos fenômenos migratórios e consciente da exigência de preservar, também no plano dos conflitos de leis, a identidade individual, sobretudo quando as tradições, os costumes e as religiões nacionais são diferentes daquelas do Estado de residência³⁷.

Nesse sentido, com relação a um eventual conflito de nacionalidades, é necessário individualizar somente uma lei aplicável. Com tal escopo, o parágrafo 22 do preâmbulo sinaliza uma útil indicação que, por sua vez, não encontra correspondência nos Regulamentos n° 2201/2003 e n° 4/2009 em matéria de alimentos. Considerando tal previsão, quando o Regulamento faz referência à nacionalidade enquanto fator de conexão, a problemática relativa ao concurso de múltiplas nacionalidades, sejam estas pertencentes a ambos os cônjuges ou somente a um deles, deverá ser resolvida com a aplicação da legislação nacional do Estado do foro, no pleno respeito dos princípios gerais da União Europeia, expressos principalmente na jurisprudência do Tribunal de Justiça³⁸.

De qualquer modo, em caso de ausência de acordo referente à lei aplicável, ou nas hipóteses em que a escolha não seja validamente expressa, as autoridades jurisdicionais dispõem de normas de conflito harmonizadas para determinar a lei aplicável³⁹. De fato, o art. 8 prevê uma série de critérios de conexão “em cascata”, todos baseados no momento em que é instaurado o processo judiciário. Em primeiro lugar, privilegia-se a lei do Estado da residência habitual dos cônjuges, depois a da última residência habitual dos cônjuges, desde que não tenha transcorrido mais de um ano e um dos cônjuges ainda resida em tal Estado, em terceiro lugar, a lei da nacionalidade comum e, por fim, a *lex fori*.

Evidencia-se que o Regulamento prevê a nacionalidade no terceiro lugar da escala dos critérios, opção legislativa que demonstra a subsidiariedade de tal critério de conexão em relação àquele da residência habitual. O recurso a este último critério, em detrimento da nacionalidade, que se liga à identidade cultural dos cônjuges, revela a vontade de integrar o casal estrangeiro na realidade social do país de acolhimento⁴⁰ e, por

³⁶ O. LOPES PEGNA (nota 32), p. 135.

³⁷ I. VIARENGO. “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *RDIPP*, vol. 47, n° 3, 2011, p. 615.

³⁸ Em particular, os casos *Micheletti* (TJUE, C-369/90 de 7 de julho de 1992), *García Avello* (TJUE, C-148/02 de 2 de outubro de 2003) e *Hadadi* (TJUE, C-168/08 de 16 de julho de 2009).

³⁹ Tal hipótese é especialmente relevante nos casos de procedimentos contenciosos, a menos que a *optio legis* tenha sido realizada antes do surgimento da crise matrimonial. Veja-se: Z.C. REGHIZZI, “Commento all'art. 8 (Regolamento UE n° 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale)”, *Le Nuove leggi civili commentate*, vol. 34, n° 6, 2011, p. 1491.

⁴⁰ R. CLERICI (nota 10), p. 1057.

consequência, de garantir a escolha de uma lei próxima à vida dos sujeitos interessados⁴¹.

Além disso, o critério da nacionalidade, ao coexistir com o da residência habitual, implica uma solução às hipóteses em que os interessados não tenham a residência habitual no mesmo Estado. A alusão à nacionalidade comum possui, nesta perspectiva, um sentido compreensível, na medida em que é plenamente possível que os interessados possam ser titulares da nacionalidade de um Estado que não seja o mesmo da residência⁴².

Todavia, quando o casal não possua a residência habitual comum no mesmo Estado por mais de um ano, nem tenha a mesma nacionalidade, o legislador comunitário estabeleceu a aplicação da lei do Estado do juiz competente, evitando a hipótese de extenuantes pesquisas a fim de determinar a lei reguladora e, assim, conduzindo à coincidência entre *forum* e *ius*, particularmente apreciada pelos operadores do direito⁴³ em termos de segurança jurídica, da presumível maior rapidez e do menor custo das decisões⁴⁴.

Por fim, salienta-se que uma exceção à aplicação da lei eleita pelas partes ou, em ausência de acordo, da lei determinada em conformidade com os critérios “em cascata” ocorre quando esta lei, por motivos de sexo, não preveja o divórcio ou não conceda a um dos cônjuges paritárias condições de acesso ao divórcio ou à separação judicial. Neste caso, em consonância com o art. 10 do Regulamento, deve-se fazer recurso à *lex fori* e parece ser esta uma disposição mais intimamente ligada à cláusula da ordem pública⁴⁵. Nesse sentido, cumpre recordar que constituem exceções à compatibilidade da lei escolhida pelas partes, a ordem pública do foro e a divergência entre as leis nacionais quando a lei designada não preveja o divórcio ou não considere válido o casamento, com base nos artigos 12 e 13 do Regulamento.

C) Regulamento nº 650/2012 sobre sucessões

A orientação até o momento examinada, no sentido de privilegiar o critério de conexão da residência habitual, encontra outro elemento de confirmação no Regulamento (UE) nº 650/2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu⁴⁶. Inicialmente, vale relembrar que a tutela por parte da União Europeia a este tipo de situação jurídica justifica-se na medida em que se verificam a diversidade das normas de direito substancial e das normas que disciplinam a competência internacional ou a lei aplicável, a multiplicidade das autoridades que podem

⁴¹ Z.C. REGHIZZI (nota 39), p. 1495.

⁴² S. CORNELOUP, “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *JDI*, vol. 138, 3-2011, p. 513. De fato, a autora é clara ao afirmar que os dois mecanismos de solução de conflitos positivos de nacionalidade – primazia da nacionalidade do foro e prevalência da nacionalidade efetiva – foram condenadas pelo TJUE, p. 493.

⁴³ R. CLERICI (nota 10), pp. 1058-1059.

⁴⁴ I. VIARENGO (nota 37), 2011, p. 619.

⁴⁵ R. CLERICI (nota 10), p. 1062. Do mesmo modo, os considerando 24 e 25 antecipam as mesmas prescrições e fazem um chamamento à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁴⁶ O Regulamento foi assinado em 4 de julho de 2012 e entrou em vigor em 16 de agosto de 2012. Todavia, as normas contidas no regulamento serão aplicadas às sucessões abertas a partir de 17 de agosto de 2015.

ser consideradas competentes no âmbito de uma sucessão internacional e a eventual fragmentação das sucessões decorrente da divergência de tais normas de modo tal que obstaculize a liberdade de circulação de pessoas na União, uma vez que estas teriam uma grande dificuldade de exercitar os seus direitos no âmbito de uma sucessão internacional⁴⁷.

Sob tal perspectiva, o objetivo do Regulamento é o de suprimir os obstáculos à livre circulação de pessoas, permitindo a estas de organizar previamente a sua sucessão e, para tal finalidade, a uniformização das normas de conflito mostrava-se necessária. Esta opção é, segundo o Conselho e o Parlamento Europeu, a melhor em termos de segurança jurídica⁴⁸.

De acordo com o Regulamento, o princípio fundamental que orienta seja a competência jurisdicional seja a lei aplicável às sucessões em caso de morte é o do Estado-membro da residência habitual do *de cuius* no momento da morte, ou seja, a normativa comunitária adota o princípio geral da submissão da inteira sucessão a uma única lei nacional⁴⁹. Tal critério de natureza objetiva tende a revelar uma estreita e estável ligação do defunto com o Estado interessado, pois haveria coincidência com o centro dos seus interesses e, frequentemente, também com o lugar onde se encontra a maior parte de seus bens⁵⁰. A finalidade é assegurar a liberdade do cidadão da União de circular e residir livremente no território dos Estados-membros, sem quaisquer discriminações, muito embora não se exclua completamente a utilização da nacionalidade enquanto critério de conexão, como no caso em que esta seja objeto de escolha do *de cuius*⁵¹.

À propósito da jurisdição, cumpre ressaltar que na hipótese de o defunto não residir habitualmente em nenhum Estado-membro no momento da morte, tornam-se residualmente competentes a decidir sobre a inteira sucessão os órgãos jurisdicionais do Estado-membro no qual se encontram os bens hereditários, se o defunto tinha a nacionalidade de tal Estado no momento da morte, ou, se tal não se verificar, no Estado-

⁴⁷ Estima-se que a cada ano na União Europeia são peticionadas cerca de 450 mil ações envolvendo sucessões internacionais, totalizando um montante de mais de 120 milhões de euros, fato que justifica a preocupação e o interesse das instituições comunitárias na regulamentação dessa matéria. In: Successioni transfrontaliere: verso la semplificazione proposta dalla Commissione. Disponibile in: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/209&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en>>, acesso em 5 de março de 2014.

⁴⁸ P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Rev. crit. DIP*, vol. 4, 2012, p. 694.

⁴⁹ Para uma análise acerca das divergências existentes nos sistemas de conflito nacionais em relação à contraposição entre o princípio unitário e o princípio separatista, bem como a opção do Regulamento pelo primeiro modelo, veja-se: A. DAVÌ / A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni”, *CDT*, vol. 5, n° 2, 2013, pp. 23-26.

⁵⁰ Nesse sentido, recorda-se que grande parte da população imigrada nos Estados europeus é composta por cidadãos de Países muçulmanos, cujas normas sucessórias e relativas à relação matrimonial são geralmente baseadas em normas que levam à soluções discriminatórias, em razão do sexo ou da religião. Nestes casos, a aplicação do critério da residência habitual consentiria o uso da lei do Estado-membro, evitando o recurso à ordem pública para a defesa dos valores irrenunciáveis do direito interno e também daquele supranacional.

⁵¹ Em relação ao uso do critério da nacionalidade com evidentes contrastes com o princípio de não discriminação sancionado pelo direito da União Europeia, veja-se: S. TONOLO, “Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione”, *Rivista di diritto internazionale*, n° 4, 2012, pp. 1056-1073.

membro em que o *de cuius* tinha estabelecido a própria residência habitual, desde que a ação seja intentada em até cinco anos a contar da data da mudança desta última. Trata-se de uma norma sobre a competência subsidiária que leva em consideração o lugar em que se encontram os bens hereditários que se conectam, em um primeiro momento, à titularidade da nacionalidade e, somente em ausência de coincidência entre estes dois elementos, à residência habitual precedente do defunto. Caso nenhum órgão jurisdicional declare-se competente com base em tais critérios, será competente aquele do Estado-membro em que se encontrem os bens hereditários, limitadamente à sucessão de tais bens.

Além disso, de forma análoga ao Regulamento sobre as obrigações alimentares, aquele sobre as sucessões disciplina a hipótese do *forum necessitatis* no seu art. 11. Tal dispositivo é aplicado quando nenhuma autoridade jurisdicional de um Estado-membro seja competente em consonância com os critérios prioritariamente previstos ou se o procedimento não possa ser desenvolvido ou se revele impossível em um Estado terceiro, com o qual a controvérsia esteja estreitamente conectada. Nestes casos, a ação pode ser apresentada perante a autoridade jurisdicional de um Estado-membro que possua uma ligação suficiente com a causa.

Com relação à lei aplicável, como visto, o critério geral é o da residência habitual do defunto no momento da morte. Apesar disso, em situações excepcionais nas quais se verifica que o *de cuius* havia ligações manifestamente mais estreitas com um Estado diverso daquele individualizado por meio da regra geral, a lei aplicável à sucessão é a lei deste outro Estado.

Neste contexto, percebe-se que a passagem do critério da nacionalidade, ainda utilizado pela maioria dos Estados-membros, para o critério da residência habitual é uma resposta também às considerações de caráter político, dado que se trata de um critério “*assai più funzionale alle esigenze dello sviluppo dell’Unione perché tende a favorire l’integrazione giuridica e sociale delle persone che si spostano da un paese membro all’altro nel paese d’accoglienza, affievolendo al tempo stesso in senso di appartenenza al paese di origine*”⁵².

Além da norma geral, o Regulamento disciplina, no art. 22, a possibilidade de o indivíduo escolher a lei aplicável a sua própria sucessão, muito embora rigorosamente limitada à lei nacional do interessado. Em outras palavras, o autor do testamento poderá designar que a lei que regerá toda a sua sucessão seja aquela do Estado em que tenha a nacionalidade no momento da escolha ou no momento da morte, manifestando a sua escolha expressamente e sob a forma testamentária. No caso em que a pessoa seja titular de mais nacionalidades, é possível designar a lei de qualquer um destes Estados no momento em que a escolha tenha sido realizada ou na ocasião do falecimento.

A opção de colocar no mesmo plano todas as nacionalidades a fim de determinação da lei aplicável à sucessão implica uma grande segurança, tendo em vista que evita os riscos da prevalência da nacionalidade do foro, que é incerta até o momento da

⁵² A. DAVÌ / A. ZANOBETTI (nota 49), p. 30. Os autores afirmam, ademais, que é inegável que o princípio da nacionalidade, o qual remonta ao direito internacional privado do século XIX e ao processo de formação e consolidação dos Estados nacionais na Europa, vislumbra uma fase de decaída na época atual tanto em razão dos desenvolvimentos do direito da União Europeia quanto das relações entre Estados e indivíduos, os quais estão provocando uma progressiva erosão da própria ideia de soberania estatal.

morte, assim como dos perigos impostos pela individualização da nacionalidade efetiva⁵³.

Apesar de o Regulamento utilizar o critério da nacionalidade em várias ocasiões, sempre o faz de modo subsidiário e secundário, enquanto critério auxiliar. A *ratio* de tal escolha emerge com evidência em relação aos casos em que a nacionalidade priva-se de um valor de localização, principalmente nos casos em que o *de cuius*, titular de uma dupla ou múltipla nacionalidade, esteja residindo em um Estado diferente daquele do qual seja nacional⁵⁴. Sob o plano político, tal escolha foi certamente influenciada pela relutância das instituições europeias em adotar o critério da nacionalidade, cuja coerência com os princípios comunitários é frequentemente questionada⁵⁵.

A prática desta afirmação verifica-se tanto a partir da análise de diversos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁶ quanto em relação à busca pela consolidação de instrumentos de direito internacional privado que garantam uma maior previsibilidade e segurança jurídica, tais como os regulamentos aqui analisados.

Por fim, apesar das novidades introduzidas pelo Regulamento nesta matéria, ainda são poucas as pessoas que efetivamente realizam um pacto sucessório e testamentário, preparando uma declaração expressa de vontade nesse sentido. Por tais razões, atualmente ainda é aplicada a regra geral da residência habitual do indivíduo no momento do falecimento às sucessões internacionais no âmbito da União Europeia.

D) As propostas de Regulamento em matéria de efeitos patrimoniais do matrimônio e da parceria registrada

Mostra-se igualmente relevante salientar que no “Relatório de 2010 sobre a cidadania da União: Eliminar os obstáculos ao exercício dos direitos dos cidadãos da UE”⁵⁷, a Comissão identificou os principais impedimentos que continuavam a dificultar o exercício dos direitos reconhecidos pela União aos seus cidadãos além das fronteiras nacionais. Uma das questões salientadas pelo Relatório foi a incerteza com relação aos direitos de propriedade dos casais internacionais, isto é, dos matrimônios ou das convivências realizadas pelos cidadãos europeus que circulam de um país para outro, exercitando os seus direitos de liberdade de circulação e de residência⁵⁸.

Considerando tal situação, a Comissão anunciou a adoção de uma proposta de ato legislativo que permita aos casais internacionais, sejam estes casados ou cuja união

⁵³ P. LAGARDE (nota 48), p. 719.

⁵⁴ P. LAGARDE (nota 48), p. 698.

⁵⁵ A. BONOMI “Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni”, *RDIPP*, vol. 46, n° 4, 2010, p. 882.

⁵⁶ Nesse sentido, destacam-se os acórdãos do TJUE, C-369/90, *Micheletti*, de 7 de julho de 1990; C-353/06, *Grunkin Paul*, de 14 de outubro de 2008; C-168/08, *Hadadi*, de 16 de julho de 2009.

⁵⁷ COM(2010) 603 definitivo, adotada em 27 de outubro de 2010.

⁵⁸ De fato, o Relatório indica que existe um número crescente de casais que vivem em um Estado-membro do qual não possuem a nacionalidade. Os casais que contraíram núpcias na União Europeia são cerca de 122 milhões, dos quais cerca de 16 milhões (13%) apresentam uma dimensão transfronteiriça.

tenha sido registrada, de saber com mais facilidade quais são os tribunais competentes e quais são as leis aplicáveis às suas questões pessoais e aos aspectos financeiros delas decorrentes. Com tal finalidade, foram apresentadas, em 2011, duas propostas de regulamento relativas à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria de regimes patrimoniais entre cônjuges⁵⁹ e uma segunda proposta destinada às parcerias registradas⁶⁰.

Conforme será examinado, o critério de conexão da nacionalidade mantém em tais documentos o caráter residual proclamado pelos regulamentos precedentemente analisados⁶¹.

O art. 16 da proposta relativa aos cônjuges prevê a possibilidade que estes escolham a lei aplicável ao seu regime patrimonial. Esta escolha, todavia, é limitada ou conduzida à lei da residência habitual ou da nacionalidade de um dos cônjuges ou nubentes, mesmo que a lei aplicável escolhida seja a de um Estado terceiro. Na ausência de uma manifesta vontade das partes na determinação do direito aplicável, a proposta prevê no art. 17 o recurso à um elenco hierárquico de critérios de conexão objetivos, fixando-os na seguinte ordem: a primeira residência habitual comum após o matrimônio; a nacionalidade comum dos cônjuges no momento da celebração da união; a lei do Estado em que o casal tenha em conjunto vínculos mais estreitos, atendendo a todas as circunstâncias, em particular, o lugar de celebração do casamento. Salienta-se que no caso de dupla nacionalidade comum dos cônjuges, a proposta afasta eventual conflito entre os critérios elencados e submete à aplicação do terceiro critério, isto é, do vínculo mais estreito.

Com relação à parceria registrada, a proposta não admite a escolha da lei aplicável, tendo em vista que o art. 15 efetua um reenvio à lei do Estado no qual foi registrada a união, ou seja, à *lex libri*, mesmo sendo a lei de um Estado terceiro.

Por sua vez, a autoridade competente para decidir acerca das questões inerentes aos efeitos patrimoniais das relações conjugais e das uniões registradas é o juiz investido da ação principal, sempre que sejam argumentos correlatos, como nas hipóteses de sucessões e de separações. Nos demais casos, a competência baseia-se, fundamentalmente, no critério da residência habitual. Nota-se como o critério da nacionalidade comum funcione apenas enquanto critério subsidiário para a determinação da competência do tribunal nas parcerias registradas. O recurso a tal critério é utilizado somente se nenhuma autoridade judiciária tenha se declarado competente ou se o tribunal tenha declinado a competência.

III. Considerações finais

Tendo presente, portanto, os três regulamentos e as duas propostas analisadas, não surpreende a constante preferência do legislador europeu pela adoção do elemento de

⁵⁹ COM/2011/0126 def. de 16 de março de 2011.

⁶⁰ COM/2011/0127 def. de 16 de março de 2011.

⁶¹ Para uma análise aprofundada da proposta veja-se: M. BUSCHBAUM / U. SIMON, “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés”, *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2011, pp. 801-816.

conexão da residência habitual nas hipóteses em que a utilização daquele da nacionalidade pudesse implicar graves limitações à liberdade de circulação das pessoas no espaço europeu no que diz respeito às relações privadas com conexão internacional no âmbito do direito pessoal e de família. Nesse sentido, a segurança jurídica e a previsibilidade da lei aplicável e da jurisdição competente às relações privadas “internacionais” parecem ser alcançadas por meio da utilização prioritária de tal critério territorial.

Sob uma perspectiva sociológica, a residência, além das inegáveis vantagens jurídicas, parece determinar o desenvolvimento de um novo modelo de igualdade que não se funda na suposta e ideológica igualdade identitária, mas em outros elementos neutros e exclusivamente materiais como a comunhão de contexto, de experiências e de responsabilidade⁶². A residência poderia representar, portanto, aquele *minimum* sobre o qual edificar uma real igualdade de direitos e, sobretudo, de direitos políticos que lhes ofereçam garantia⁶³.

Nesse sentido, a noção de residência habitual é destinada a assumir uma dimensão universal, tornando-se um critério internacional de conexão territorial independentemente das definições ou das interpretações nacionais. Por tal motivo, provavelmente, não tenha jamais recebido uma definição unívoca no plano internacional⁶⁴.

À luz dos regulamentos europeus examinados, ademais, resulta evidente o espaço assumido pela autonomia da vontade das partes na definição das próprias relações pessoais e familiares no direito internacional privado europeu. Basta recordar os notórios acórdãos sobre o direito ao nome do Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos *Garcia Avello*⁶⁵ e *Grunkin and Paul*⁶⁶, nos quais os juízes, mesmo enquadrando a questão no princípio de não discriminação e na liberdade de circulação, consagraram o direito à escolha da lei aplicável ao sobrenome por parte dos genitores⁶⁷.

Por fim, do intenso e apaixonante debate sobre o conteúdo sociológico da nacionalidade e da atual comunitarização do direito internacional privado, muitos estudiosos têm indicado o caminho que deveria ser seguido pelo juiz perante estas notáveis e irreversíveis transformações. Em particular, segundo Erik Jayme “*Tutti noi che siamo cresciuti con il diritto internazionale privato di Savigny e Mancini dobbiamo oggi dire addio a questi metodi classici*”

⁶² Na mesma direção, sustenta-se que em razão da rigidez normativa à aquisição e à perda da nacionalidade em grande parte dos Estados europeus, o afloramento do conceito de “*nacionalidad sociológica*” parece superar gradualmente o tradicional conceito de “*nacionalidad formal*”. O primeiro se identificaria mais com a residência habitual e com a ligação do sujeito a um determinado País de cuja sociedade se sinta membro. Tal vínculo seria prevalentemente substancial enquanto que a formalidade da nacionalidade ilustrada na capa do passaporte seria somente a nacionalidade ostentada, que não incidiria de nenhuma forma sobre a efetiva e plena integração sociocultural do indivíduo. Para saber mais, ver: A.L.C. CARAVACA / J.C. GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, n° 1, 2009, p. 62.

⁶³ A. DE BONI/M. FERRERO, “Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 2, 2004, p. 54.

⁶⁴ M. MELLONE (nota 5), p. 714.

⁶⁵ TJUE, C-148/02 de 2 de outubro de 2003, *Garcia Avello*,

⁶⁶ TJUE, C-353/06 de 14 de outubro de 2008, *Grunkin and Paul*.

⁶⁷ I. VIARENGO (nota 37), p. 604.

⁶⁸ para que seja possível proceder a uma exegese adequada e a uma aplicação efetiva do direito internacional privado e processual diante do fenômeno de integração europeu e das suas inquestionáveis peculiaridades.

III. Referências bibliográficas

- BASEDOW, J. “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en it de l’Union européenne”, *Rev. crit. DIP*, n° 3, 2010.
- BONOMI, A., “Explanatory Report: Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations”, *Hague Conference on Private International Law*, October, 2009.
- BONOMI, A., “Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni”, *RDIPP*, anno XLVI, n° 4, 2010.
- BONI, A. de / FERRERO, M., “Dalla cittadinanza etno-nazionale alla cittadinanza di residenza”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 2, 2004.
- BUSCHBAUM, M./ SIMON, U., “Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples maries et des partenariats enregistrés”, *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2011.
- CAFARI PANICO, R., “Il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale nel nuovo regolamento Bruxelles II bis”, en: *Studi in onore di Vincenzo Starace*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.
- CARAVACA, A-L.C/ GONZÁLEZ, J.C., “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, n° 1, 2009.
- CLERICI, R., “Il nuovo regolamento dell’Unione europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Famiglia e diritto*, 2011.
- CLERICI, R. “Il ruolo dell’autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (CE) n° 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione legale”, *Dir. comm. int.*, vol. XXVI, n° 2, 2012.
- CORNELOUP, S., “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *JDI*, vol. 138, n° 3, 2011.
- FRANZINA, P., “(commentario a cura di). Reg. UE n° 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale”, *Le nuove leggi civili commentate*, n° 6, 2011.
- FRANZINA, P., “L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio”, *Rivista di diritto internazionale*, n° 2, 2011.
- JAYME, E. “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, vol. XLII, n° 2, 2006.
- LAGARDE, P. “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Rev. crit. DIP*, n° 4, 2012.

⁶⁸ E. JAYME “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, vol. 42, n° 2, 2006, p. 356.

- LOPES PEGNA, O., “La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici”, *CDT*, vol. 2, n° 2, 2010.
- MALATESTA, A., “La Convenzione e il Protocollo dell’Aia del 2007 in materia di alimenti”, *RDIPP*, vol. XLV, n° 4, 2009.
- MELLONE, M., “La nozione di residenza abituale e la interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie”, *RDIPP*, vol. XLVI, n° 3, 2010.
- MOSCONI, F., CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale. statuto personale e diritti reali*, vol. II, 3° ed., UTET, Torino. 2011.
- NASCIMBENE, B., *Divorzio, diritto internazionale privato e dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011.
- GONZALEZ, J.C./ SEATZU, F., “Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de Reglamento Roma III”, *RDIPP*, vol. XLV, n° 3, 2009.
- REGHIZZI, Z.C., “Commento all’art. 8 (Regolamento UE n° 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale)”, *Le Nuove leggi civili commentate*, vol. 34, n° 6, 2011.
- TONOLO, S., “Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione”, *Rivista di diritto internazionale*, n° 4, 2012.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A., “La regulación del reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 19, 2010.
- VIARENGO, I., “Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *RDIPP*, vol. XLVII, n° 3, 2011.
- VILLATA, F., “Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento n. 4/2009”, *Rivista di diritto internazionale*, n° 3, 2011.
- VITTA, E., “Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano”, *RDIPP*, vol. XVI, 1980.
- QUEIROLO, I./ CARPANETO, L., “Considerazioni critiche sull’estensione dell’autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III”, *RDIPP*, vol. XLVIII, n° 1, 2012.
- POCAR, F., “Brevi note sulle cooperazione rafforzate e il diritto internazionale privato europeo”, *RDIPP*, vol. XLVII, 2-2011.
- POCAR, F./ VIARENGO, I., “Il regolamento (CE) n° 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, *RDIPP*, vol. XLV, n° 4, 2009.

La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada

Jonathan M. BRODSKY*

Resumen

En el presente trabajo se aborda la práctica conocida como “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución”, entre otras denominaciones. Se trata de una innegable realidad de nuestros días, compleja y controversial, que el derecho no puede dejar de regular (ya sea que la admita o la prohíba). Se examina aquí la institución desde la perspectiva del DIPr, ámbito en el que reviste gran relevancia, y en particular –ante la ausencia de legislación argentina vigente–, las disposiciones del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en la materia, en tratamiento legislativo desde el año 2012.

Abstract

This paper deals with the practice known as “surrogacy” or “surrogate motherhood”. It is undeniable that it is a current issue, complex and controversial, which the law can no longer ignore – whether it is admitted or rejected. In this essay, surrogacy is examined through the scope of Private International Law, where it constitutes a relevant issue – and in particular, as there is no current law in Argentina on the matter, the Argentinean Civil Code Reform Bill is analyzed.

Registro bibliográfico

BRODSKY, Jonhatan, La “maternidad subrogada” en el DIPr: análisis de la legislación argentina vigente y proyectada”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp. 31-49.

Descriptores/ describers

- legislación argentina, maternidad subrogada, derecho aplicable y jurisdicción
- national legislation, surrogacy, applicable law and jurisdiction.

* Abogado con orientación en Derecho Privado por la Universidad de Buenos Aires. Auxiliar docente de Obligaciones Civiles y Comerciales y de Derecho Internacional Privado Universidad de Buenos Aires. Becario de investigación de la Universidad de Buenos Aires.

Sumario: I. Introducción. II. El (silencio del) derecho argentino vigente. III. La cuestión en el DIPr. IV. Análisis de las disposiciones del Proyecto. IV.1. La gestación por sustitución en la esfera del derecho interno. IV.1.A) El consentimiento informado. IV.1.B) La constitución del vínculo filiatorio y la homologación judicial. IV.1.C) Los requisitos de procedencia de la gestación por sustitución. IV.2. La gestación por sustitución en el ámbito del DIPr. IV.2.A) Jurisdicción competente. IV.2.B) Ley aplicable. IV.2.C) El orden público internacional y el interés superior del niño en el reconocimiento de filiaciones constituidas en el extranjero, en especial a través del uso de TRHA. V. Corolario

I. Introducción

La familia es una de esas instituciones con las que frecuentemente se encuentra el estudioso del Derecho y que, aunque tenga una idea bastante precisa de su concepto y alcances, halla difícil de definir. Ello no debe extrañarnos: no sólo la tarea de definir es engorrosa en sí misma (por cuanto implica encorsetar conceptos casi siempre abstractos y dinámicos en un determinado conjunto de palabras estáticas e inamovibles), sino que además la familia –la base misma de la sociedad– involucra múltiples aspectos de considerable complejidad que vuelven aún más ardua aquella labor.

Por tal razón, y porque escapa además al objeto de este trabajo, no citaremos aquí el sinnúmero de definiciones más o menos afortunadas de “familia” que han propuesto los juristas (y sociólogos) especializados en la materia. Nos interesa, antes bien, uno de sus caracteres esenciales, que por cierto ya hemos anticipado: sobre la familia se construye la sociedad, y en tal sentido, su concepción es variable en cada cultura y aun en diferentes momentos de la evolución histórica de cada comunidad.

Así, por ejemplo, diverge completamente la noción de familia en el mundo islámico (donde, verbigracia, la adopción no existe como tal¹, el hombre puede tomar –con ciertas limitaciones– a más de una mujer como esposa, y esta última tiene menos derechos o potestades que su marido)² de aquella propia de Estados de tradición occidental (en los que, paralelamente, la adopción es universalmente aceptada –se remonta a la *adoptio* del Derecho Romano–, la monogamia para ambos cónyuges es un principio básico generalizado, y la igualdad como no discriminación se erige como derecho humano fundamental). Y aun en un mismo ordenamiento jurídico, pongamos por caso el argentino, se pasó de peyorar al hijo extramatrimonial a igualarlo con el nacido en el seno de un matrimonio válido (ley 23.264)³, de imponer la indisolubilidad de la unión conyugal a receptar el divorcio vincular (ley 23.515), de prohibir el casamiento entre personas de igual

¹ Aunque sí se recepta una figura similar llamada *kafala*. En términos generales (pues su regulación no es idéntica en todos los Estados coránicos), no produce la ruptura del vínculo filiatorio entre el niño acogido y su familia biológica, de quien conserva el apellido y la vocación sucesoria, y respecto de la familia “adoptiva” no se constituyen impedimentos matrimoniales.

² Vale aclarar que nos referimos, en todos los ejemplos, a la mayoría y no a la totalidad de los países musulmanes.

³ Para un mayor desarrollo sobre este punto, ver: L.B. SCOTTI, “La ‘maternidad subrogada’ en la legislación y jurisprudencia argentinas”, *Revista En Letra*, año I, n° 1, 2014, pp. 50 ss.

sexo a permitirlo (ley 26.618), entre tantos otros cambios. Esta (a nuestro juicio, afortunada) evolución en el Derecho de Familia no es sino el reflejo de aquella que experimenta la sociedad en sus más profundas concepciones: en el modo de entenderse y definirse a sí misma.

En este contexto, las llamadas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)⁴, que han advenido con el exponencial desarrollo de la tecnología, han significado una verdadera revolución contemporánea en determinados aspectos de la familia (más puntualmente, en materia de filiación, que es uno de sus temas centrales) y en el derecho que se encarga de regularla. Es posible, por ejemplo, congelar preembriones fecundados para su implantación posterior en el seno materno: ¿son estos preembriones personas? Se consideren como tales o no, ¿qué protección debe brindarles el ordenamiento jurídico? En otro orden de ideas: ¿tiene derecho la mujer que aportó el óvulo a solicitar la implantación del preembrión ante el “arrepentimiento” de su compañero? ¿Y ante su fallecimiento? En caso afirmativo, ¿puede hacerlo *in eternum*, o por cuánto tiempo? Pensemos a su vez en las acciones de reclamación e impugnación de la filiación, o en las presunciones de maternidad o paternidad (con la posibilidad de uniones homosexuales) matrimonial o extramatrimonial: ¿cómo *aggiornar* los clásicos criterios seguidos por el legislador decimonónico frente a la novedosa realidad que suponen las TRHA?

No pretendemos aquí –sería imposible– examinar la totalidad de las mentadas técnicas y las cuestiones que suscitan, sino centrarnos en una de ellas en particular: la “gestación por sustitución” (según la terminología del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elevado al Congreso Nacional de la Argentina en el año 2012 –en adelante, el “Proyecto”–), quizá más conocida como “maternidad subrogada” o “alquiler de vientres”⁵, y que también se ha llamado “maternidad disociada”, “gestación por otro”, “madres de alquiler”, “gestación por contrato” y “madres termo”, entre otras denominaciones similares. Esta figura se da cuando se conviene con una mujer en gestar un óvulo de ella misma, de quien encargó al niño o de una tercera persona, fecundado con gametos ya sea del cónyuge o conviviente del comitente o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó⁶. Es decir que el acto reproductor genera el

⁴ Se denominan así, precisamente, porque intervienen terceras personas (un médico, una madre sustituta, una agencia intermediaria) colaborando en el deseo de la pareja (o de la persona) de proyectarse en un hijo: la procreación sale del ámbito de lo íntimo, y el vínculo es “asistido” por otro, que favorece el embarazo a través de la aproximación artificial de las gametas femenina y masculina. A.N. KRASNOW, “La filiación y sus fuentes”, *LL*, 2005-A, p. 1462; L.B. SCOTTI, “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, n° 1, Buenos Aires, Eudeba, p. 274.

⁵ Nos oponemos a este término en particular, por cuanto el alquiler (técnicamente, arriendo o locación) implica la obligación de uno de los contratantes a entregar a su contraparte un precio determinado en dinero (conf. art. 1493 y concs., Código Civil argentino –en adelante, Cód. Civ., o Código Civil–). En la figura que analizamos, la onerosidad no constituye –al menos desde el derecho escrito– un elemento esencial, a punto tal que ordenamientos como el brasileiro, el británico, el mexicano, el canadiense y el Proyecto mismo lo proscriben de manera expresa.

⁶ E.A. SAMBRIZZI, “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”, *LL*, 03/08/2010, p. 2. El autor incluye en su definición el carácter “habitualmente oneroso” del convenio con la madre gestacional, quien recibiría un pago en dinero por “alquilar su vientre”. Como manifestamos en la nota anterior, excluimos esta característica por entender que no debe darse necesariamente (aunque en la práctica ocurra en

nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de el o los comitentes⁷.

Se advierte que –independientemente de la maternidad genética, que puede corresponder a la portadora o no– lo característico es la disociación de la maternidad gestacional (quien lleva a cabo y a término el embarazo) y la maternidad socioafectiva (la filiación queda establecida con quienes “encargaron” al niño en virtud de una nueva fuente de filiación: la voluntad procreacional)⁸.

La figura es sumamente controvertida, en razón de los dilemas (bio)éticos y jurídicos que plantea y de los elevados derechos e intereses que involucra. Empero, el propósito de este trabajo no es evaluar la conveniencia o inconveniencia de la recepción legislativa de la gestación por otro, compleja cuestión que ameritaría un artículo propio. Nuestro enfoque consiste, luego de establecer que el silencio del derecho vigente en la materia es insostenible, en examinar la maternidad subrogada desde la óptica del DIPr, rama en la que reviste una gran importancia. Y en particular, a nivel de legislación argentina, ante la ausencia de normas positivas sobre el tema, analizaremos las disposiciones del referido Proyecto de Código.

II. El (silencio del) derecho argentino vigente

El Código Civil argentino⁹ no prevé –ni lo hace ley especial alguna– la maternidad por sustitución: sólo se encuentran reconocidas la filiación biológica y la adoptiva (art. 240 Cód. Civ. en su actual redacción, reformado por ley 23.264). La previsión de una práctica como la gestación por otro era imposible para el codificador decimonónico, y aun podría justificarse la omisión legislativa en 1968¹⁰. No obstante, la laguna normativa en la materia resulta inadmisibles en la actualidad: la doctrina es unánime al respecto. Al decir de Famá, los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas han potenciado el acceso a las TRHA, generando en el campo jurídico la necesidad de reformular los principios tradicionales; en consecuencia, es imperiosa la necesidad de que el discurso jurídico se ocupe de regularlas, pues el silencio legal conlleva a interpretaciones discordantes que provocarán resoluciones disímiles por parte de nuestros magistrados, sumergiendo a los justiciables en la inseguridad jurídica¹¹. Inclusive, según Mizrahi, la

muchos casos); no nos parece, insistimos, una nota imprescindible o que haga a la esencia del acuerdo. También adaptamos el concepto en cuanto el jurista habla del “marido [de la comitente] o un tercero”, cuando en verdad el encargo podría realizarlo tanto un hombre como una mujer, como una pareja de igual o diferente sexo, y sea que esté o no casada.

⁷ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

⁸ Conf. M.V. FAMÁ, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *LL*, 2011-C, p. 1205.

⁹ Ley 340, sancionada el 29 de septiembre de 1869 y vigente desde el 1° de enero de 1871.

¹⁰ Nos referimos a la ley 17.711 sancionada en ese año, que significó la reforma del Código Civil más importante hasta nuestros días.

¹¹ M.V. FAMÁ (nota 8), p. 1208.

omisión legislativa es inconstitucional y ameritaría la interposición de la correspondiente acción de amparo, conforme lo dispuesto en el art. 43 de la Norma Fundamental¹².

La crítica al hecho de que el plexo jurídico ignore el tratamiento de la maternidad subrogada no implica en modo alguno que se propicie su admisión. En este punto, precisamente, la doctrina se divide: mientras que algunos autores propician la recepción de la gestación por otro (esgrimiendo como principales argumentos el derecho a formar una familia¹³, una interpretación robusta del principio de autonomía¹⁴ y la necesidad pragmática de regular una práctica que, tomada o no por el derecho objetivo, ya se da en la realidad)¹⁵, otros juristas la rechazan (postulando la posible explotación de la mujer, la objetivación del niño como “cosa debida” contrapuesta a su consideración como sujeto de derecho, la afectación de su “interés superior”, la confrontación de intereses en detrimento de la armonía familiar y la incertidumbre generada respecto del estado de familia, entre otras razones)¹⁶.

Como se anticipó más arriba, no forma parte del objeto de este trabajo exponer nuestra postura sobre la conveniencia o inconveniencia de la admisión legal de la maternidad subrogada. Esta cuestión presenta una enorme complejidad y relevancia por la cantidad y calidad de dilemas éticos y jurídicos que plantea, y dada la importancia de los derechos e intereses en juego. El desarrollo serio de una postura al respecto debería hacerse *in extenso* y plenamente fundado, lo que ameritaría un trabajo dedicado íntegramente al tema. Por tal razón, nos ceñimos a presentar solamente el problema y destacar –eso sí– el inadmisibles silencio de la norma, ya sea permisiva o proscriptora de la figura.

Por lo demás, la omisión de legislar una institución jurídica para supuestos de derecho interno vuelve imposible su regulación (en la fuente interna) para casos iusprivatistas multinacionales; así, la gestación por sustitución no sólo no se halla regulada entre los dispersos artículos de DIPr del Código Civil, sino que tampoco pudo abordarse en el Proyecto de Código de DIPr de 2003. El interés que reviste la temática para la disciplina es evidente, como veremos a continuación.

¹² M.L. MIZRAHI, “El niño y la reproducción humana asistida”, *LL*, 30/08/2010, p. 2.

¹³ O más precisamente, enmarcado en aquél, el derecho de todo ser humano a ser padre o madre proyectándose en un hijo. En esta línea, se ha argüido que “el interés de una pareja infértil en la continuidad genética, en gestar y dar a luz, y en la crianza de una criatura, es idéntico al interés de una pareja fértil [...] aun cuando uno de los miembros de la pareja infértil no está capacitado para realizar todas las funciones de la procreación”. G.H. ARSON DE GLINBERG / P.F. SILVA RUIZ, “La libertad de procreación”, *LL*, 1991-B, pp. 1198 ss.

¹⁴ En tanto manifestación concreta de la libertad de las personas, que inspira la Constitución Nacional de la Argentina y el Código Civil de la Nación (y que está cristalizada en los arts. 19 y 1197 de sendos cuerpos normativos, respectivamente). Mientras las personas sean mayores de edad, capaces, y, en definitiva, tengan pleno conocimiento de sus actos (en términos civilistas: obren con discernimiento, intención y libertad), pueden hacer cuanto deseen, llevando a cabo con sus acciones su plan de vida, con la única condición de no afectar a terceros.

¹⁵ Ver en este sentido el trabajo de A. KEMELMAJER DE CARLUCCI / M. HERRERA / E. LAMM, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Derecho Privado*, n° 1, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, pp. 3-45.

¹⁶ Es elocuente la reseña de ZANNONI quien enuncia estos y otros fundamentos contrarios a la admisión de la maternidad por sustitución. E.A. ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 533 ss.

III. La cuestión en el DIPr

¿Qué ocurriría si se pretendiera el reconocimiento en nuestro país de un hijo procreado a través de la maternidad por otro en un Estado cuya legislación lo permitiera? ¿Sería competente el juez argentino cuando los comitentes o el niño tuvieran su domicilio o residencia habitual en la Argentina? ¿O (también) el juez de ese otro Estado, si el niño hubiera nacido allí, o si no hubiera sido entregado por la gestante y permaneciera con ella al momento de instarse la acción? El foro ante el que ésta se entable no es indiferente, pues será ese juez quien atienda a sus normas de DIPr para decidir qué ley aplicar, quien deba resguardar los principios fundamentales del derecho de su jurisdicción, será su ordenamiento procesal por el que se regirá el trámite del juicio¹⁷, etcétera. Y si la norma de conflicto argentina condujera al juez a aplicar la ley de ese otro Estado, que por caso admitiera la filiación por esta vía: ¿sería procedente la limitación de esta aplicación extraterritorial de la norma extranjera en virtud del orden público internacional argentino? ¿Y cómo debería conjugarse ello con la protección del interés superior del niño, criterio rector y fundamental que no puede soslayarse?

Estas preguntas son respondidas, sin lugar a la menor duda, por el DIPr, entendido como “aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen 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 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”¹⁸. En estos términos, la maternidad subrogada supone relaciones jurídicas internacionales en un considerable y creciente número de supuestos; no sólo por la constante expansión en que se halla el DIPr en general –dados el aumento y la facilitación de los transportes y las comunicaciones, la globalización, etcétera– sino también por la esencia misma de la gestación por otro. Si entre los distintos Estados varía el rechazo o la admisión de la práctica –y en esta última hipótesis, los requisitos de procedencia– conforme la ideología y la cultura de sus habitantes, es lógico entonces que quienes deseen realizar un convenio de maternidad por sustitución en un país prohibitivo o restrictivo de dicha técnica piensen en trasladarse (como de hecho ocurre) allí donde rija una legislación permisiva o más laxa.

Tanto es así que, en efecto, la Conferencia de DIPr de La Haya ha reconocido la existencia de cuestiones emergentes de los acuerdos de gestación por otro, y en su agenda está previsto su tratamiento de forma específica¹⁹. Puntualmente, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo

¹⁷ Existe una tendencia uniforme en el Derecho Procesal Internacional a regir el trámite de las acciones por la *lex fori*.

¹⁸ S.M. BIOCCA / S.L. CÁRDENAS / V. BASZ, *Lecciones de derecho internacional privado*, Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 20.

¹⁹ Al respecto, resultan especialmente destacables el *Preliminary Document N° 10*: “*A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*”, y el *Preliminary Document N° 11*: “*Private International Law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*”.

a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional ha observado que “el número de acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional está aumentando rápidamente” y ha expresado su “preocupación sobre la incertidumbre que supone respecto a la situación jurídica de muchos niños que han nacido como resultado de estos acuerdos”, recomendando a su vez que “la Conferencia de La Haya desarrolle estudios sobre los temas legales, especialmente en materia de DIPr, relacionados con la maternidad subrogada”²⁰.

IV. Análisis de las disposiciones del Proyecto

Recapitulando: hasta el momento hemos expuesto, por un lado, el (inaceptable) silencio de la legislación argentina vigente sobre el tema que examinamos; y por otra parte, planteamos el interés que guarda su regulación para el DIPr.

No obstante, plausiblemente, el mencionado Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no ha omitido el tratamiento sobre una cuestión tan relevante como la maternidad subrogada. Y lo hace tanto a nivel interno como en el ámbito del DIPr (obviamente, de fuente interna). De tales previsiones normativas nos ocuparemos a continuación.

1. La gestación por sustitución en la esfera del derecho interno

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado el 27 de marzo de 2012, devenido Proyecto una vez enviado al Congreso de la Nación el 7 de julio del mismo año²¹, colmaría enseguida (de aprobarse en su actual redacción) la referida laguna normativa en el campo de las TRHA y de la maternidad por otro. A su vez, la recepción de la institución en la esfera doméstica abre la posibilidad de su regulación a nivel internacional, y el Proyecto así lo hace en el Título dedicado al DIPr²².

En el ámbito interno, el Proyecto se ocupa de la maternidad subrogada en el Libro Segundo (“De las relaciones de familia”), Título V (“Filiación”), Capítulo 2 (“Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), art. 562 (“Gestación por sustitución”).

²⁰ Puntos 25 y 26 de las “Conclusiones y Recomendaciones” aprobadas por la Comisión Especial (17-25 de junio de 2010).

²¹ El Poder Ejecutivo Nacional introdujo ciertos cambios en el texto redactado por la Comisión de Reformas antes de enviarlo a tratamiento legislativo. Algunas de estas modificaciones son muy relevantes y merecen un análisis exhaustivo, pero en el tema bajo estudio se ha mantenido el texto del Anteproyecto.

²² Cabe mencionar que el Proyecto, a través del Título IV del Libro Sexto, concretiza la autonomía legislativa del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, tan aclamada por la doctrina especializada.

Dispone dicho precepto que:

“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

Procedamos entonces a analizar por separado los distintos aspectos de la norma proyectada.

A) El consentimiento informado

En nuestro derecho, debe entenderse al consentimiento informado a la luz de la reciente ley 26.529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, de fines de 2009, que en su art. 5 define al concepto como:

“la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”²³.

²³ Es prácticamente idéntica la concepción del art. 59 del Proyecto: “El consentimiento informado para actos médicos es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información

El estándar del consentimiento informado nos parece suficiente e idóneo para la práctica en cuestión. En cuanto a la exigencia de que sea renovado en cada oportunidad y su carácter esencialmente revocable, entendemos que ambos extremos se justifican por la trascendencia que reviste el acto involucrado.

B) La constitución del vínculo filiatorio y la homologación judicial

Es de toda lógica que se requiera, para establecer la filiación entre el niño “encargado” y los comitentes, la prueba del nacimiento y la identidad de aquéllos; sería impensable que el vínculo pueda constituirse sin estos requisitos. Tanto el nacimiento del niño como la identidad de los comitentes deben probarse a través de las partidas correspondientes (art. 80, C.C. y art. 96 del Proyecto).

Se justifica la exigencia de homologación judicial por el interés del legislador en que en una materia tan trascendente se verifiquen los requisitos exigidos para la gestación por sustitución. La misma razón funda la prohibición de los centros de salud de proceder a la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial del caso, en cuyo defecto se desconoce la aplicación de la normativa específica (las reglas de la filiación por naturaleza determinarán la maternidad de la gestante, la paternidad presunta de su marido, etcétera).

C) Los requisitos de procedencia de la gestación por sustitución

El Proyecto admite la maternidad subrogada, pero exige determinados requisitos para su procedencia que deben ser verificados por el juez con carácter previo a la transferencia embrionaria.

Va de suyo que el magistrado no puede asirse de convicciones personales, ni pretender más exigencias que las estatuidas por la ley, para proceder (o no) a la homologación. La valoración debe ser estricta, pero en ningún caso puede una interpretación arbitraria, ya sea en un sentido favorable o contrario a la gestación por sustitución.

clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

a) El interés superior del niño que pueda nacer: La mención de este principio y en estos términos presenta una gran ventaja y un importante inconveniente.

Decimos lo primero porque, sin lugar a dudas, el interés superior del niño es la máxima directriz reguladora de las relaciones jurídicas que involucran a niños, niñas y adolescentes, y que implica la plena satisfacción de sus derechos, su protección integral y su desarrollo, de acuerdo a sus características propias. Su consideración como requisito es, entonces, ineludible.

Empero, la mención del concepto sin mayores precisiones deja un margen amplísimo a la interpretación (no arbitraria, pero sí discrecional) de los jueces a los que en cada caso toque intervenir. Y la idea de lo que, en concreto, coadyuve al interés superior del niño en el campo de la maternidad subrogada, puede variar diametralmente en la concepción de un juez a la de otro, lo que provocaría una considerable inseguridad jurídica.

b) La plena capacidad y la buena salud física y psíquica de la gestante: Poco puede comentarse de esta exigencia: resulta claro que para tomar una decisión de la envergadura de convertirse en madre gestadora, la mujer debe ser plenamente consciente de sus actos, no bastando –en caso de que fuera incapaz– el consentimiento de su representante legal. Se trata de un acto personalísimo para el cual la voluntad de la propia persona no puede ser suplida por otro.

El requisito de gozar de buena salud física y psíquica es también ilevantable. El procedimiento no debería poner en riesgo la salud física de la madre sustituta (o, al menos, uno mayor al que conlleva la propia gestación). Por lo demás, si la práctica ya implica en sí misma un potencial peligro psicológico para quien se compromete a gestar un hijo que luego deberá entregar a otra(s) persona(s), es imprescindible que la integridad psíquica de la madre gestante sea óptima al momento de la transferencia embrionaria.

c) Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos: Este requisito se compadece con la finalidad tenida en cuenta por el legislador para receptar la gestación por sustitución: debe ser la *ultima ratio* para procrear un hijo propio²⁴, pero de ninguna manera puede “encargarse” un hijo concebido con gametos de otros donantes.

d) El o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término: Insistimos en que la gestación por sustitución se implementaría como último recurso frente a la imposibilidad de tener un hijo propio. Esta exigencia es consistente con dicha concepción del instituto.

e) La gestante no ha aportado sus gametos: Este requisito es esencial, pues si cabe temer que la gestación de un hijo para entregarlo –una vez nacido– a otra persona puede

²⁴ Así surge expresamente de los fundamentos vertidos por la Comisión al presentar el proyecto al Poder Ejecutivo Nacional, y se infiere del inciso siguiente.

causar serios problemas en la psique de la mujer, ello será tanto más probable y/o intenso cuando, además, se trata de un hijo concebido con su propio material genético.

f) La gestante no ha recibido retribución: Se trata de otro extremo relacionado con el carácter no comercial (por el que no cabe hablar de “alquiler de vientre”) sino solidarista con que está prevista la maternidad subrogada en el Proyecto. Cuando el convenio es oneroso²⁵, el interés lucrativo (en vez del afectivo) suscita mayores reparos morales (se ha hablado del niño como “cosificado”²⁶ o como una “mercancía que se entrega a quien la solicita”)²⁷.

g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces: Se trata de una disposición razonable, sea para prevenir la comercialización encubierta de la gestación por sustitución, sea para preservar a la madre sustituta de someterse a este proceso en un número excesivo de ocasiones.

h) La gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio: Compartimos también esta exigencia, pues nos parece que la mujer que ya ha tenido un hijo es menos propensa a sufrir psicológicamente el “desapego” al deber entregar el hijo para cuya gestación prestó su vientre.

Es notable que no se exija la unión en matrimonio de los comitentes, institución que consideramos valiosa pero no *sagrada*, y que en todo caso no define *per se* la posibilidad de tener y criar un hijo propio²⁸. Otro tanto debe aplaudirse la omisión de la heterosexualidad como requisito²⁹: el debate al respecto merecería un trabajo aparte, pero adelantamos que nos parecería prejuicioso y discriminatorio.

En todo caso, es menester tener presentes las mencionadas pautas de procedencia de la maternidad por otro a nivel interno, en punto a su análisis en el DIPr proyectado, por la remisión que en este campo se hace a aquellos requisitos. A continuación, nos adentraremos ya en la gestación por sustitución el ámbito iusprivatista internacional

2. La gestación por sustitución en el ámbito del DIPr

El Proyecto se encarga de regular la gestación por cuenta de otro en el DIPr en el Libro Sexto (“De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales”), Título IV (“Disposiciones de DIPr”), Capítulo 3 (“Parte especial”), Sección 5ª (“Filiación por

²⁵ Y el “precio” promedio a nivel mundial es –nada menos– de diez a quince mil dólares estadounidenses, L.A. MATOZZO DE ROMUALDI, “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, *ED*, t. 181, 1999, p. 1452. Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la maternidad subrogada es un “negocio global”, L.B. SCOTTI (nota 3), p. 48.

²⁶ J.O. PERRINO “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, *LL*, 29/12/2011, p. 2.

²⁷ R.L. ANDORNO, *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Abaco, 1997, p. 63.

²⁸ En contra: L.M. CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, “La filiación en el derecho internacional privado argentino”, *LL*, 1990-C, pp. 1137-1138.

²⁹ En contra: M.L. MIZRAHI (nota 12), p. 2.

naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”), compuesta por los arts. 2631 a 2634.

A) Jurisdicción competente

Es innegable, dado el actual estado del arte, que la jurisdicción competente es uno de los grandes aspectos que hacen al objeto del DIPr. No sólo porque –lógicamente– los jueces deben entender en los casos que les corresponden en razón de su competencia, sino también y como adelantamos más arriba, en razón de que es el juez ante quien se insta la acción (y que si es competente deberá juzgar en el caso) el que buscará en su ordenamiento jurídico las normas de DIPr aplicables a la relación jurídica en cuestión. También será la *lex fori* la que imponga las normas de procedimiento bajo las que tramitará dicha acción, y los principios del foro los que habrán de respetarse de acuerdo a la excepción de la aplicación extraterritorial del derecho extranjero que es el orden público internacional.

Así, el art. 2631 (“Jurisdicción”) dispone que:

“Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento”.

En primer lugar, tratándose de típicas relaciones jurídicas que deben discernirse por puntos de conexión personales, se advierte que –con coherencia– se seguiría el criterio domiciliario que ha informado el Código Civil, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y también el Proyecto mismo.

El párrafo inicial del artículo no resulta del todo preciso, toda vez que se unifican los criterios para la determinación y la impugnación de la filiación. En este sentido, “el domicilio de quien reclama el emplazamiento filial” puede ser un punto de conexión válido para la acción de determinación de la filiación, mas no así para la de impugnación (donde ya existe un vínculo emplazado y no hay quien lo “reclama” sino quien lo “impugna”). Otro tanto puede predicarse de la equiparación del “progenitor o pretendido progenitor”: no pueden darse ambas categorías alternativamente en dos supuestos bien diferenciados cuales son la determinación y la impugnación del vínculo. ¿El “pretendido” progenitor es al que se *pretende emplazar* como padre o madre, o el *supuesto* progenitor cuyo emplazamiento se impugna? ¿Y resulta competente el juez del domicilio de quien reclama la filiación, mas no el de quien pretende impugnarla?

En suma, entendemos que sería más claro establecer como puntos de conexión (alternativos)³⁰, tanto para la reclamación de la filiación como para su impugnación: el domicilio³¹ del demandado, el del actor, y también la residencia habitual del menor (que siendo el centro de la relación jurídica no se ha contemplado en este punto).

No obstante, en materia de reconocimiento –tan frecuente en el tema que nos ocupa– creemos que sí acierta el Proyecto. Nuevamente ofrece puntos de conexión alternativos, pero ahora enunciándolos con claridad y centrándose en el hijo: además del domicilio de quien pretende el reconocimiento, se prevé el domicilio de aquél y el lugar de su nacimiento. Se trata de una plausible apertura de foros razonablemente vinculados a la relación jurídica en juego.

B) Ley aplicable

Como expresamos en la nota 30 y en virtud del fundamento allí manifestado, la ley aplicable debe ser en principio única. Y agregamos ahora: cuando el legislador prevé la posible aplicación de dos (o, con menor frecuencia, más) normas posibles, no suele dejar la elección librada a las partes sino al juez, indicándole además una pauta, guía o criterio de selección.

En esta línea se enrola el art. 2632 del Proyecto (“Derecho aplicable”):

“El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado”.

Como en el artículo anterior, se incurre nuevamente en lo que consideramos imperfecciones de técnica legislativa. A su vez, el “domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento” resulta un punto de conexión problemático: no se puede predicar de una persona recién nacida voluntad alguna de permanecer en un lugar determinado, con lo cual su domicilio sería en verdad el de sus padres (o bien el de su padre o madre, tutor, o quien lo tenga a su cuidado). Y aun si dijera o deseáramos interpretar “residencia habitual” por “domicilio” del hijo (de acuerdo a la moderna terminología convencional y en consonancia

³⁰ A diferencia de lo que ocurre con la ley aplicable (que debería ser una sola en virtud de la seguridad jurídica y para impedir su elección por el actor en desmedro de su contraparte), ningún problema existe en la apertura de foros plurales. Por el contrario, se trata de una vía generalmente idónea para asegurar el acceso a la jurisdicción, derecho humano ampliamente reconocido en diversos instrumentos internacionales.

³¹ Sería mejor considerar (en términos generales, pero máxime tratándose de menores) la *residencia habitual* antes que el domicilio, para prescindir del elemento subjetivo de voluntad de permanencia y atender únicamente al aspecto objetivo de aquélla.

con lo expresado en la nota 31), el art. 2632 opta por fijarlo “al tiempo de su nacimiento”, lo que le quita actualidad de manera absoluta³² y resta una alternativa respecto de lo previsto en el precepto anterior –domicilio (*actual*) del hijo y lugar de su nacimiento–³³.

En cambio, no resulta problemático que a los puntos de conexión personales se incorpore como posible ley aplicable la del lugar de celebración del matrimonio (que es relativo a los actos); de no existir unión matrimonial, subsisten plenamente dos puntos de conexión no subsidiarios, y la incorporación de aquel criterio no es discriminatoria sino una herramienta más para favorecer el interés del niño. Y es que en todos los casos (y este es el mayor acierto del artículo) el criterio que deberá seguir el juez para decidir la ley a aplicar, dentro de las opciones ofrecidas por la norma de conflicto, es justamente la satisfacción de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

El art. 2631 trata en un párrafo aparte la jurisdicción competente en materia de reconocimiento. Tratándose de la ley aplicable, el Proyecto le dedica un precepto propio: según el art. 2633 (“Acto de reconocimiento de hijo”):

“Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo”.

La solución propuesta nos parece en principio buena por cuanto distribuye las conexiones tomando, en cada caso, criterios adecuados. Y nada puede objetarse en la regulación de la capacidad de quien pretende el reconocimiento: hace regir el típico punto de conexión personal que es el domicilio de la persona física (arts. 6 y 7, Cód. Civil; art. 2616 del Proyecto)³⁴.

Ahora bien, ya se advierte algún defecto de técnica legislativa al preverse sin más precisiones, para la forma del reconocimiento, el lugar del acto y el derecho que rige el fondo de la relación jurídica en cuanto al fondo. El clásico criterio en materia de forma es el conocido como “*locus regit actum*” y no así la coincidencia con el derecho que decide la sustancia de la cuestión (“paralelismo”), que pudo no haber sido tenido en mira por los sujetos involucrados. Y si precisamente se prevé este punto de conexión alternativo al

³² Ocurre algo similar con el art. 163 del Código Civil vigente que sujeta los efectos patrimoniales del matrimonio internacional a la ley del primer domicilio conyugal. También aquí la petrificación incondicional del punto de conexión puede conllevar a soluciones injustas.

³³ La apertura de alternativas en materia de ley aplicable, como hemos expresado, no es inconveniente si la elección le corresponde al juez y la ley le brinda el vector interpretativo, como ocurre en este supuesto. Y en todo caso, ya se trata de un precepto con pluralidad de puntos de conexión para determinar la ley aplicable.

³⁴ Nos referimos, claro está, a las naciones que han tomado el criterio domiciliario para la definición de la ley personal (tradición anglosajona seguida por Argentina y por los Estados latinoamericanos en general). Por el contrario, el clásico punto de conexión que gobierna la capacidad de las personas en los países de Europa continental es su nacionalidad.

tradicional, *ello debe ser en virtud del interés superior del niño* (que generalmente vendrá dado por la validez del reconocimiento). Ésta es la pauta que debe decidir la elección entre las opciones ofrecidas por la ley, pero que se omite mencionar. Creemos que esta interpretación, de todas maneras, *debe* inferirse de los principios que rigen la temática, sin perjuicio de que sería deseable que la norma proyectada lo dispusiera de forma expresa.

El mismo razonamiento cabe para las condiciones del reconocimiento: todos los puntos de conexión (alternativos) son razonables y se vinculan estrechamente con la relación jurídica filiatoria que se pretende entablar. Pero la opción no puede realizarse sino desde la perspectiva del interés superior del niño, directriz necesaria que se debería enunciar.

C) El orden público internacional y el interés superior del niño en el reconocimiento de filiaciones constituidas en el extranjero, en especial a través del uso de TRHA

Culminaremos nuestro análisis con el examen del precepto que cierra la sección del Proyecto que venimos analizando (artículo 2634: “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero”), particularmente de su segundo párrafo:

“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior de los niños.

Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

El primer punto a tener en cuenta es la mención por el reformador del concepto de “orden público”. Incluido así, a secas, ¿se refiere al orden público *interno* o al orden público *internacional*?

Recordemos que el orden público interno está integrado por normas imperativas del derecho local que resultan indisponibles para las partes, es decir, obstan a su autonomía de la voluntad. En cambio, el orden público internacional está conformado por normas o principios fundamentales del derecho del foro, que como no pueden soslayarse por la aplicación de la ley extranjera cuando a ella conduzca la norma indirecta *fori*, impiden en el caso su aplicación. Así, “si dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de orden público internacional. Si una materia no puede ser reglada por las partes dentro de nuestro

ordenamiento, porque se trata de derecho coactivo, nos referimos al orden público interno”³⁵.

¿A qué orden público alude el art. 2634 del Proyecto? Evidentemente, si el precepto se ubica en las disposiciones de DIPr y se ocupa del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, debemos entender que se contempla el orden público internacional³⁶.

En consecuencia, en caso de filiaciones constituidas en el extranjero, y en particular cuando el niño hubiera nacido a través de procedimientos que involucran TRHA, las disposiciones del Proyecto sobre el punto son –por expresa consagración legal– normas fundamentales del derecho argentino. De allí la importancia de haberlas desarrollado en el punto IV.1 de nuestro trabajo: en el supuesto que analizamos, su carácter de requisitos de orden público internacional obstarán al reconocimiento cuando la gestación por sustitución se haya efectuado contrariándolos (con aportación de material genético de la gestante, a cambio de una suma de dinero, etcétera).

Ahora bien, el precepto también trae a colación –con toda lógica– el interés superior del niño como principio fundamental a resguardar. ¿Cómo articular pues este principio con el orden público internacional conformado por los requisitos de la maternidad subrogada según el mismo Proyecto? Y es que bien puede darse que ambos principios se opongan: por ejemplo, la madre gestante no ha tenido hijos previamente (como lo exige el art. 562, inc. h. proyectado), pero ya entregó el niño al o a los comitente/s y la validez del reconocimiento es lo que sirve mejor a los intereses del niño. ¿Cómo debe resolver el juez en este caso?³⁷.

Sin lugar a dudas, creemos que el interés superior del niño debe primar: se trata de un principio indeclinable, incluso frente a los otros principios fundamentales del foro que integran el orden público internacional en general³⁸. Ello no sólo se colige de la redacción del art. 2634 (que reza “en todo caso”) sino que resulta, además, la interpretación más justa y razonable desde una perspectiva legal, constitucional y convencional, toda vez que el interés superior del niño, como principio rector, se halla consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 3, inc. 1º–, con jerarquía constitucional entre nosotros –conf. art. 75, inc. 22 de la Carta Magna–.

³⁵ I.M. WEINBERG, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 37.

³⁶ Empero, nada obsta a que una misma norma sea a la vez de orden público interno e internacional, si impide simultáneamente que las partes la dejen de lado por su propia voluntad, y la aplicación de una ley extranjera que la contraría. Más aún, “el contenido del orden público internacional no puede variar demasiado con aquellas cuestiones que afectan el orden público interno. No es tanto por su contenido como por sus efectos que podemos efectuar esta distinción [...]”, M.S. RODRÍGUEZ, “Según pasan los años...”, en: S.L. Feldstein, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho internacional privado y de la integración*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 116.

³⁷ Para un desarrollo más extenso de esta problemática en particular, puede verse: J.M. BRODSKY, “Gestación por sustitución, orden público internacional e interés superior del niño: propuesta de articulación a la luz de un fallo español”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, n° 2013-I, 2013, pp. 333-346.

³⁸ Y es que el interés superior del niño *es también* parte del orden público internacional argentino, aunque a veces pueda colisionar con *otros* principios que lo conforman.

V. Corolario

A raíz de lo expuesto en el presente trabajo, destacamos en primer término que dentro de la diversa y cambiante noción de familia, las técnicas de reproducción humana asistida en general y la gestación por sustitución en particular constituyen una realidad concreta de nuestros días. Por ello, y dados los complejos dilemas ético-jurídicos que la práctica plantea, es insostenible que (a pesar de su novedad –relativa–) su tratamiento siga siendo ignorado por el ordenamiento jurídico vigente argentino, ya sea que se pronuncie por su admisión o por su rechazo.

A su vez, por cuanto la recepción (o no) y la regulación de la maternidad subrogada se vinculan estrechamente con la concepción de familia de cada sociedad, se suscitan en la materia un elevado y creciente número de situaciones y relaciones jurídicas internacionales. De allí que el objeto de nuestro artículo interesa en gran medida al DIPr, ámbito en el que se plantean numerosos interrogantes de difícil respuesta, y donde mucho falta aún por trabajar.

En todo caso, es plausible que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, que está orientado a reemplazar íntegramente el ordenamiento civil vigente en Argentina desde 1871, se haga cargo de pronunciarse acerca de la recepción de la gestación por sustitución –en el caso, la admite– y de regularla en consecuencia, tanto para los casos internos como internacionales.

Cuando el supuesto es de este último tipo, en materia de jurisdicción competente (art. 2631), nos parece adecuado lo dispuesto en torno al reconocimiento de hijo; pero respecto de las acciones de determinación e impugnación de la filiación, la técnica legislativa es algo imprecisa y sería deseable la consideración de la residencia habitual del demandado, la del actor y la del menor como puntos de conexión alternativos.

En relación a la ley aplicable al establecimiento y a la impugnación de la filiación (art. 2632), también se advierten imperfecciones en la redacción de la norma, y resulta problemática la fijación absoluta del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento. Sin embargo, el precepto acierta al abrir alternativas en cuanto a ley aplicable y brindar al juez, como pauta rectora de selección, la mayor satisfacción de los derechos fundamentales del hijo.

Por otra parte, en la regulación de la ley aplicable al reconocimiento de hijo (art. 2633), la distribución y los puntos de conexión previstos resultan en principio plausibles, aunque entendemos que debería establecerse de manera expresa (como se hace en el art. 2632) el interés superior del niño como criterio de determinación allí donde se contemplan alternativamente diversas leyes aplicables.

Por último, en punto al reconocimiento de la filiación constituida en el extranjero (art. 2634), ante las exigencias establecidas a nivel interno para las TRHA que integran asimismo el orden público internacional, la excepción en la aplicación del derecho extranjero debe en todos los casos articularse con y adecuarse al interés superior del niño: principio insoslayable que también integra aquel conjunto de principios fundamentales.

VI. Referencias bibliográficas

- ANDORNO, R.L., *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- ARSON DE GLINBERG, G.H. / SILVA RUIZ, P.F., “La libertad de procreación”, *LL*, 1991-B.
- BASZ, V. / CAMPANELLA, E. *Derecho Internacional Privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- BIOCCA, S.M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Lajouane, 2004.
- BIOCCA, S.M. / CÁRDENAS, S.L. / BASZ, V., *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Universidad, Buenos Aires, 1997.
- BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado: En la Estructura Jurídica del Mundo Actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- BRODSKY, J.M., “Gestación por sustitución, orden público internacional e interés superior del niño: propuesta de articulación a la luz de un fallo español”, en: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, n° I, 2013.
- CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, L.M., “La filiación en el DIPr argentino”, *LL*, 1990-C.
- CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, COLEX, 2004.
- DREYZIN DE KLOR, A. y ECHEGARAY DE MAUSSION, C., *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el Derecho Internacional*, Córdoba, Advocatus, 2011.
- FAMÁ, M.V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *LL*, 2011-C.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Civitas, 2012.
- GIL DOMÍNGUEZ, A. / HERRERA, M. / FAMÁ, M.V. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires, Ediar, 2006.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. / HERRERA M. / LAMM, E., “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Derecho Privado*, n° 1, Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012.
- KRASNOW, A.N., “La filiación y sus fuentes”, *LL*, 2005-A.
- LAMM, E. “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 50, 06/2011.
- MATOZZO DE ROMUALDI, L.A., “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, *ED*, t. 181, 1999.
- MIZRAHI, M.L., “El niño y la reproducción humana asistida”, *LL*, 30/08/2010.
- PERRINO, J.O., “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, *LL*, 29/12/2011.

- RODRÍGUEZ, M.S., “Según pasan los años...”, en: Feldstein, S.L., *Colección de análisis jurisprudencial. DIPr y de la integración*, La Ley, Buenos Aires, 2004,
- RUBAJA, N., *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- SAMBRIZZI, E.A., “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”, *LL*, 03/08/2010.
- SCOTTI, L.B., “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, n° 1, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- SCOTTI, L.B., La ‘maternidad subrogada’ en la legislación y jurisprudencia argentinas”, *Revista En Letra*, n° 1, 2014.
- WEINBERG, I.M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- ZANNONI, E.A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

Las operaciones de pago “on line” en el territorio SEPA: especial atención a las transferencias transfronterizas y adeudos domiciliados¹

David CARRIZO AGUADO*

Resumen

Desde la entrada en vigor del Reglamento nº 260/12 (UE) de 14 de marzo de 2012, la gestión de los cobros y pagos realizados en la zona SEPA ha sufrido modificaciones importantes, especialmente en aquellas operaciones de carácter transfronterizo. La integración del sistema de pagos europeo supone una armonización legislativa necesaria para los países involucrados, significando ello un cambio fundamental en las infraestructuras de los pagos, esencialmente en las transacciones “on line”. De este modo, el impacto en los procesos de negocio especialmente en el sector bancario y empresarial, ha supuesto un incremento de derechos y obligaciones originado por el despliegue paulatino del proceso operacional SEPA. El movimiento de bienes y servicios dentro de la UE se marca como un objetivo primordial de las políticas comunitarias, pero coordinar la multitud de diferentes modelos y sistemas de pagos que cada Estado miembro tiene, no es tarea fácil.

Abstract

With the entry into operation of Regalement nº 260/12 (EU) of March 14, 2012 management of collections and payments in the SEPA area has undergone significant changes, especially in cross-border operations. The integration of the European payments system is a necessary legislative harmonization for the countries involved, meaning that a fundamental change in the infrastructure of payments transactions essentially "on line". Thus, the impact on business processes especially in the banking and business sectors, representing an increase of rights and obligations caused by the gradual deployment of the operational process SEPA. The movement of goods and services within the EU is marked as a primary objective of EU policies, but coordinate the multitude of different models and payment systems that each Member State is no easy task.

Registro bibliográfico

CARRIZO AGUADO, David, “Las operaciones de pago ‘on line’ en el territorio sepa: especial atención a las transferencias transfronterizas y adeudos domiciliados”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp. 51-65.

Descriptores/describers

- medios de pago, comercio electrónico, transacciones internacionales, consumidores y usuarios, integración europea de los sistemas de pago.
- means of payment, e-commerce, international transactions, consumers and users, European integration of payment systems.

* Licenciado en Derecho, Master en asesoría jurídica de empresa y profesor asociado de Derecho internacional privado de la Universidad de León (España).

¹ Abreviaturas: BBAN: *Basic Bank Account Number*; BCE: Banco Central Europeo; BIC: *Bank Identifier Code*; BOE: Boletín Oficial del Estado; B2B: *Business to Business*; B2C: *Business to Consumer*; CCC: Código Cuenta Cliente; CE: Comisión Europea; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; EEE: Espacio Económico Europeo; EMV: *Europay MasterCard VISA*; EPC: *European Payments Council*; IBAN: *International Bank Account Number*; PYMES: Pequeñas y medianas empresas; SECA: *Single Euro Cash Area*; SEPA: *Single Euro Payment Area*; SWIFT: *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*; TIC: Tecnologías de la información y la comunicación; TPV: Terminal de Punto de Venta.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Dónde, cuándo y a qué tipo de operaciones se aplica el reglamento (UE) n° 260/12. 1. Ámbito espacial. 2. Ámbito temporal. 3. Ámbito material. III. Imperatividad de informar el número “IBAN” y el número “BIC” en las operaciones de pago internacional. IV. Peculiaridades de las transferencias bancarias y adeudos directos por domiciliación bajo la normativa sepa. V. El consumidor y su protección: accesibilidad e interoperatividad. VI. A modo de conclusión. VII. Referencias bibliográficas.

I. Consideraciones introductorias

Del conjunto de operaciones de comercio internacional se deriva la obligación de realizar un pago y en general éste estará sujeto a diferentes leyes, tanto del ámbito material de la relación que une a las partes, como normas del ámbito formal que enmarcan y configura el propio medio de pago.

Son muchos y variados los medios de pago internacionales con los que cuentan particulares y empresas para realizar sus operaciones comerciales. El fuerte desarrollo que el comercio internacional ha tenido en los últimos años ha hecho que la variedad de medios de pago internacional sea amplia y variada².

Además la internacionalización y globalización de la empresa ha supuesto una movilidad de capital intenso, dotando a las operaciones de pago de una relevancia jurídico-económica para el empresario de suma importancia en el campo financiero de la empresa³, no solo con sus competidores sino también entre sus propias filiales o sucursales. Un objetivo y deseo empresarial esencial, es dotar de seguridad jurídica al entramado de pagos y cobros con los que opera una mercantil y evitar en todo momento externalidades negativas en esta materia, esencialmente en el escenario internacional, puesto que la complejidad es latente en esta sede por la enorme proliferación de normas que existen en materia de pagos y cobros.

Desde el 1 de enero de 2002, con la introducción del euro como moneda única⁴, los ciudadanos y empresas de la zona euro han venido realizando sus pagos en efectivo en

² Cheque personal, cheque bancario (nominativo o al portador), orden de pago (simple o documentaria; la primera está basada en una petición que cursa el importador a su banco para que, un segundo banco, pague una determinada cantidad de dinero al exportador, materializado a través de una transferencia bancaria; y en cuanto a la segunda, los bancos son meros intermediarios y ésta será revocable antes del momento del pago al beneficiario), remesa simple, remesa documentaria, crédito documentario, *factoring* internacional, *forfeiting* internacional (instrumento muy adecuado para ventas internacionales con vencimiento a medio y largo plazo, al facilitar la financiación de las ventas que vayan dirigidas a países de alto riesgo, y para cualquier otro tipo de operaciones de comercio internacional a largo plazo para las que no puedan disponerse de otros medios de financiación), *leasing* internacional (conocido como *cross border leasing*). J. JAIME ESLAVA, “Las particularidades del comercio internacional y los medios de cobro y pago”, *Harvard Deusto Business Review*, n° 213, 2012, pp. 38-54.

³ A. CALLEJA, “Aspectos jurídicos clave del proceso de internacionalización empresarial”, *Harvard Deusto Business Review*, n° 213, 2012, pp. 58-62.

⁴ La persistencia de impedimentos de tipo técnico, operativo y legal, explica la débil integración del euro, a pesar de que desde la creación del EPC en 2002, la industria bancaria europea hizo público su plan de actuación para la creación de la zona de pagos única. El mercado interior, se ha confiado de dos fuerzas motrices: regulación y autorregulación que han permitido conjugar los diversos objetivos e intereses,

cualquiera de los países de la UE, con la misma facilidad con la que lo hacían en sus respectivos países. Pero aun así, seguían existiendo ciertas trabas para los pagos electrónicos en euros, a pesar de que Internet se ha revelado como una vía privilegiada para la intensificación de las posibilidades del comercio transfronterizo dentro de la UE⁵.

La creación de una zona única de pagos en Europa (SEPA) surge como consecuencia del deseo de armonizar los pagos electrónicos a nivel europeo, más en concreto las transferencias, los adeudos por domiciliación y las tarjetas de pago⁶.

Uno de los principales impulsores desde un punto de vista práctico del proyecto SEPA, ha sido el EPC. En su condición de órgano de decisión y coordinación de la industria bancaria europea, éste ha venido asumiendo un papel central en la definición de los nuevos instrumentos y estándares necesarios para garantizar la eficiencia y seguridad de los pagos electrónicos en la SEPA. Así, a efectos de incluir una adecuada representación de los consumidores y usuarios y de los proveedores de servicios de pago, en 2010 tuvo lugar

impulsando sin lugar a duda un proceso de modernización en el sistema de pagos comunitario: C. CHULIÁ GARCÍA, “Migración a la SEPA y transposición de la Directiva de Servicios de Pago: la integración del mercado europeo de pagos minoristas sigue su curso”, en: R. Martínez-Pardo del Valle / F.J. Zapata Cirugeda (dirs.), *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos (2008)*, Madrid, Fundación de Estudios Financieros, 2008, pp. 281-282.

⁵ F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 2009, p. 2171. Con la aparición y difusión a través de Internet (*e-banking, e-commerce, e-government...*), y el empleo del teléfono móvil para hacer pagos (*m-payments*), ha dado lugar al surgimiento y expansión de métodos de pago, que entrarán dentro de lo que ya se conoce como e-SEPA o SEPA electrónica: C. CHULIÁ GARCÍA, “Reforma del mercado europeo de pequeños pagos: comienza la migración a la SEPA”, *Economistas*, n° 116, 2008, p. 128.

⁶ El objetivo de SEPA en el caso del uso y/o pago con tarjeta bancaria es la homogeneización por parte de los titulares de tarjetas en relación al reintegro de efectivo y pago con la misma facilidad que en el país de origen del titular de la tarjeta emitida por su entidad financiera. En este sentido las tarjetas bancarias deberán contar con el estándar EMV para fortalecer la interoperabilidad y seguridad de este medio de pago en relación con los TPV y los propios cajeros automáticos. Esta tecnología implementa en la tarjeta un chip de seguridad, lo que favorece una reducción del fraude, al obligar al titular de la tarjeta a introducir su identificación personal (PIN) en el momento de realizar la transacción económica, además de un mayor control sobre las transacciones *offline*. F. LIÉBANA CABANILLAS / J. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ / F. MUÑOZ LEIVA, “La integración de los sistemas de pago en Europa al amparo de la SEPA. El caso del pago móvil”, *Papeles de economía española*, n° 137, 2013, pp. 165-167. En el proceso de armonización de los sistemas de pago, se vislumbran algunos retos que deberán superarse. Destaca, entre los más urgentes, la finalización del marco regulatorio para el pago con tarjeta, pues solo se han diseñado las líneas maestras de dicho marco y se ha potenciado la adopción de tarjetas con chip y código secreto que ofrecen una mayor seguridad que sus predecesoras. Sin embargo, la importancia cada vez mayor de las tarjetas entre los principales sistemas de pago en el ámbito europeo apremia a la concreción de una normativa común para estas. J. DANIEL PINA, “La SEPA: un avance hacia la integración de los sistemas de pago europeos”, *Informe Mensual-La Caixa*, n° 377, 2014, pp. 34-35. El Banco Central Europeo ha publicado recientemente un interesante documento [Card Payments in Europe a Renewed Focus on SEPA for Cards (abril 2014)], en el que se ocupa de la situación que registra el pago por medio de tarjetas en la actual coyuntura europea. El documento ofrece desde muy distintos aspectos los fundamentos del uso de las tarjetas que se han convertido en el instrumento de pago más utilizado en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, el estudio del Banco Central Europeo concluye que existe un amplio campo de desarrollo pendiente para el uso de las tarjetas en Europa. Contrapone el documento el crecimiento señalado de las tarjetas con el hecho de que su armonización siga sin alcanzar un grado similar al que ya se ha logrado en el uso de otros medios de pago (transferencias y adeudos). Esta circunstancia se apunta que puede justificarse por la complejidad del mercado de las tarjetas y la pluralidad de sujetos que intervienen. Ello no puede impedir, sin embargo, que el uso de las tarjetas de SEPA alcance los niveles adecuados para cumplir su esencial función. B. VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, “Las tarjetas en el marco de la SEPA”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n° 134, 2014, pp. 285-286.

el establecimiento del SEPA Council; este órgano nace como una iniciativa conjunta de la CE y del BCE, cuyo objetivo primordial, es el de promover la consecución de un mercado integrado de pequeños pagos en euros, a través de una adecuada participación al más alto nivel de las diversas partes implicadas, así como fomentar el consenso acerca de los pasos a dar, para lograr la efectiva implementación de la SEPA⁷. Ciertamente como paso previo para la implantación de la SEPA, fue necesario dotar de un marco jurídico común de servicios de pago a la UE, que esencialmente lo componen la Directiva 2007/64 de 14 de noviembre de 2007⁸, el Reglamento (CE) 924/2009 de 16 de septiembre de 2009⁹ y el Reglamento (UE) 260/12 de 14 de marzo de 2012¹⁰, objeto de análisis del presente estudio.

⁷ En la composición del *SEPA Council* figuran representantes tanto de la oferta (incluyendo al propio EPC) como de la demanda (consumidores, administraciones públicas, comercios, PYMES y grandes empresas) además de una serie de instituciones, como la CE, el BCE y bancos centrales nacionales.

⁸ La Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE (DOUE L 319 de 5/12/2007, pp. 1-36), fue transpuesta al ordenamiento jurídico español en la Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de servicios de pago (BOE nº 275, de 14/11/2009, pp. 96887-96918), y desarrollada por el Real Decreto 712/2010, de 28 de mayo, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago (BOE nº 131, de 29-05-2010) y la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago (BOE nº 148, de 18-06-2010). El objetivo general de la Directiva era garantizar que los pagos realizados en el ámbito de la UE (transferencias, adeudos directos y las operaciones de pago directo efectuadas mediante tarjeta) pudieran realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros. La pretensión de la citada Directiva se verá alcanzada con la llegada y puesta en marcha del Reglamento (UE) 260/12. Para más información acerca del desarrollo y contenido de la Directiva 2007/64, de 13 de noviembre de 2007: A. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y la nueva figura de las entidades de pago en España y el Reino Unido”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2012, pp. 183-197; T. HUALDE MANSO, “Algunas cuestiones de la nueva regulación de los servicios de pago desde la perspectiva de sus usuarios. Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de servicios de pago y RD 712/2010 de 28 de mayo de Régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago”, *Aranzadi Civil. Revista Doctrinal*, 2010, pp. 33-42. C. CHULIÁ GARCÍA, “Transposición en España de la Directiva de servicios de pago en el mercado interior”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 296, 2009, pp. 29-37.

⁹ El Reglamento (CE) 924/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) 2560/2001 (DOUE L 266 de 9/10/2009, pp. 1-18) que fue modificado parcialmente por el Reglamento (UE) nº 260/2012, en el artículo 2, el punto 10; el artículo 3, el apartado 1; el artículo 4, suprimiendo el apartado 2 y sustituyendo el apartado 3; el artículo 5, apartado 1, se sustituye el texto; el artículo 7 es modificado en los apartados, 1, 2, 3; y por último se suprime el artículo 8.

¹⁰ El Reglamento (UE) 260/12 de 14 de marzo de 2012 por el que se establecen los requisitos técnicos y empresariales para las transferencias y los adeudos domiciliados en euros y se modifica el Reglamento (CE) núm. 924/2009 (DOUE L 94 de 30/3/2012, pp. 22-37), a pesar de ser vinculante, con alcance general y eficacia directa para todos los Estados de la UE, nos encontramos en el ordenamiento jurídico interno español, el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero (BOE nº 71, de 23 de marzo de 2013, pp. 22901-22911), en el que se recoge a través de la disposición adicional primera, la habilitación al Ministro de Economía y Competitividad a realizar las autorizaciones y exenciones en los supuestos y términos previstos en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 16 del Reglamento (UE) 260/2012 y se designa al Banco de España, autoridad competente responsable de garantizar el cumplimiento del Reglamento motivo de nuestro estudio.

Por ello, se debe resaltar la importancia y beneficios que conllevará a la economía nacional de cada Estado y a la europea en general¹¹, la puesta en marcha de las operaciones de pago SEPA¹², generando un bienestar social bajo un mercado europeo único¹³, integrado¹⁴, competitivo e innovador¹⁵. Así, la tendencia del legislador comunitario¹⁶ es la armonización plena con la finalidad de lograr el deseado mercado interior, en la que los Estados miembros puedan realizar ventas transfronterizas y las correlativas operaciones de pago, sin verse afectada la confianza del consumidor¹⁷.

¹¹ Los arduos problemas de la economía mundial son objeto de un amplio debate con motivo de la crisis desatada a raíz de los agravamientos en el sector inmobiliario; las discusiones en torno a la estructura financiera y mundial constituye un comportamiento habitual de los dirigentes de los Estados y los medios de pago están ligados al funcionamiento de las economías de los países, puesto que son elemento constituyente entre los agentes tanto empresariales como particulares que entran en juego a la hora de efectuar un cobro o un pago: A. MARTÍNEZ PUÑAL, “Los pagos internacionales ante la crisis actual. Análisis y valoración del Acuerdo para la creación de un Sistema Unitario de Compensación Regional de Pagos (SUCRE)”, en: J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales: XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, AEPDIRI, 2010, pp. 635-636.

¹² La SEPA es, por tanto, una pieza central en la senda de aprovechar al máximo el potencial que ofrece la UE, y contribuye así al desarrollo de un sistema financiero más eficiente, competitivo y estable con el que poder alcanzar un crecimiento económico no inflacionario a largo plazo: S. GORJÓN RIVAS, “Tarjetas, transferencias y domiciliaciones: un recorrido por los primeros dieciocho meses de la SEPA”, *Perspectivas del sistema financiero*, n° 97, 2009, pp. 59-60.

¹³ M. CARBALLO FIDALGO, “La protección del consumidor en la Unión Europea y su incidencia en el Derecho español, Crónica de su subordinación a la consecución del mercado interior”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 315, 2011, pp. 66-69.

¹⁴ La entrada en vigor de la SEPA puede jugar un importante papel como catalizador del proceso de integración de los sistemas de pago a nivel europeo. El objetivo de la SEPA es alcanzar un mercado único de instrumentos de pago para particulares, empresas y administraciones públicas en el que no exista distinción entre las operaciones nacionales y las transfronterizas, dentro del marco geográfico de la SEPA. Para ello, se establecen unas directrices comunes que estandarizan, automatizan y someten a un marco legal armonizado a dos de los tres principales sistemas de pago más utilizados en la UE: las transferencias y las domiciliaciones bancarias: J. DANIEL PINA, “La SEPA: un avance hacia la integración de los sistemas de pago europeos”, *Informe Mensual-La Caixa*, núm. 377, 2014, pp. 34-35.

¹⁵ B. WILKO / S. HEIKO, “SEPA, Efficiency and Payment Card Competition”, *Working Paper n° 1140, European Central Bank*, 2009, pp. 33-34.

¹⁶ El proceso de definición de la arquitectura de gobernanza económica en la UE ha sido progresivo y no lineal, y se pueden identificar saltos cualitativos en la atribución de competencias para la intervención económica entre las diferentes instituciones comunitarias y las de los Estados miembros. Estos cambios han formado una unificación con una mayor interacción e integración política común, a pesar de la resistencia de muchos estados: J. BILBAO, “Del mercado único a la Unión Monetaria: ¿hacia una política económica común?”, *Cuadernos europeos de Deusto*, n° 50 (Ejemplar dedicado a: 25° aniversario (1988-2013. Grandes hitos de la construcción europea), 2014, pp. 52-53.

¹⁷ Como bien expone, la Dra. Diana Marcos Francisco, la enorme proliferación de normas ha conducido a una fragmentación en perjuicio del mercado interior, tanto por la posibilidad de que los Estados miembros adopten normas más estrictas en sus legislaciones nacionales, como porque muchas se encuentran reguladas de manera incoherente y contradictoria en distintas Directivas. Por lo que es necesario “armonizar” esta “armonización” existente: D. MARCOS FRANCISCO, “Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, n° 12, 2012, pp. 1310-1331.

II. Dónde, cuándo y a qué tipo de operaciones se aplica el reglamento (UE) nº 260/12

1. Ámbito Espacial

El Reglamento (UE) 260/12, se aplicará siempre que el ordenante y beneficiario, ambos intervinientes en la operación de pago, estén radicados en la UE, o cuando el proveedor de servicios de pago que intervenga en la operación, también esté radicado en la UE¹⁸.

Pero se ha de precisar que el citado Reglamento no solo es aplicable en los Estados miembros de la UE, sino que además de éstos será objeto de aplicación en otros cinco Estados más: Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza y Mónaco.

Esta delimitación geográfica es la que compone la SEPA, zona en la que los ciudadanos, las empresas y otros agentes económicos, pueden efectuar y recibir pagos únicamente en euros.

Por ende, podemos decir que la SEPA supone un nuevo escenario caracterizado por una armonización en la forma de realizar pagos en euros¹⁹, a través de determinadas operaciones que señalaremos en el ámbito material de aplicación.

2. Ámbito Temporal

La entrada en vigor del Reglamento (UE) 260/12, fue el 31 de marzo de 2012. Si bien es cierto que la plena operatividad de lo contenido en el reglamento no se ha puesto en marcha hasta el 1 de febrero de 2014. Por ende, los consumidores y usuarios y los agentes económicos intervinientes, esencialmente las empresas y bancos²⁰, han tenido que adaptar la forma de realización de transferencias y adeudos domiciliados, conforme a los criterios y exigencias marcados por el legislador comunitario y por el plan de actuación SEPA, para así alcanzar la plena unión monetaria, siendo este uno de los fines de la Comisión Europea y del Banco Central Europeo²¹.

¹⁸ Artículo 1, apartado 1 del Reglamento (UE) 260/12.

¹⁹ J. PALMERO ZURDO, “Un marco jurídico armonizado para los servicios de pago en el mercado interior”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 296, 2009, pp. 5-17.

²⁰ La implantación del sistema de pagos en la zona SEPA ha afectado a la conectividad entre las empresas y los bancos principalmente: F. MERINO PEDRAZA, “El impacto de la SEPA en las comunicaciones bancarias”, *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, nº 81, 2008, p. 42. Pero a pesar de ello, se proporcionan mejoras de calidad optimizando y automatizando diversas tareas y logrando una integración en el sistema de pagos comunitario. F. MERINO PEDRAZA, “Primeros pasos de SEPA en España. Implicaciones para las empresas”, *Estrategia financiera*, nº 253, 2008, pp. 22-29.

²¹ M. HEMPEL / F. TUR HARTMANN, “El sector de los pagos en la zona del Euro desde la perspectiva del Banco Central Europeo: la Zona Única de Pagos para el Euro (SEPA) y su repercusión”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 296, 2009, pp. 49-60.

3. Ámbito Material

Las materias sobre las que versa el Reglamento (UE) 260/12, son los medios de pago derivados de las operaciones de transferencias y adeudos domiciliados materializadas en euros. Es decir, aquellas actuaciones consistentes en efectuar y recibir pagos en euros, dentro y fuera de las fronteras de los países que componen la zona SEPA, bajo una igualdad de condiciones, derechos y obligaciones, tanto para los consumidores y usuarios como para el tejido empresarial, incluyendo el bancario.

El Reglamento (UE) 260/12, en su artículo 2, señala de manera expresa las operaciones y con qué especialidades, están excluidas del ámbito material de su aplicación. En ningún caso, no se considerará medio de pago a efectos de la norma comunitaria, la letra de cambio, cheque y pagaré y tampoco aquellas llevadas a cabo en la modalidad de pago en efectivo, puesto que aún no existe una Zona Única de Efectivo en Euros (SECA).

Tampoco están incluidas aquellas operaciones de pago que sean efectuadas mediante tarjetas de pago o dispositivo similar consistentes en retiradas de efectivo, giro monetario y que transfieran dinero electrónico. En esta afirmación se encuentra la excepción de los pagos efectuados con tarjeta que tengan por finalidad realizar una transferencia y/o adeudo domiciliado con origen y destino en una cuenta de pago que esté identificada con el número BBAN o el número IBAN.

III. Imperatividad de informar el número “IBAN” y el número “BIC” en las operaciones de pago internacional

Como punto de partida, conceptualizaremos ambos términos, que cobran gran importancia en las operaciones transfronterizas de pago y muy en especial en la zona SEPA, puesto que a partir del 1 de febrero de 2014 son conjuntos numéricos indispensables para llevar a cabo no sólo las operaciones de pago internacional, sino también aquellas de carácter nacional.

El código “IBAN”²² y el código “BIC”²³ son datos asociados a las cuentas bancarias indispensables para poder realizar transferencias y transacciones bancarias internacionales. Ambos, son facilitados a través de un sistema de comunicación financiera internacional, que asigna a cada entidad financiera un código identificativo: es el llamado “SWIFT”²⁴. Por tanto, al momento de realizar un pago transfronterizo es necesario informar la nomenclatura “IBAN” del beneficiario y el código “BIC” de la entidad destinataria, puesto que así se garantizará la rapidez y fiabilidad del correspondiente pago.

²² Artículo 2, apartado 15, del Reglamento (UE) 260/12.

²³ Artículo 2, apartado 16, del Reglamento (UE) 260/12.

²⁴ Este sistema es controlado por una sociedad de derecho belga creada en el año 1973 bajo el auspicio de 239 bancos situados en 15 países. Su objetivo fue crear un sistema internacional común de comunicación interbancaria. Ofrece a las instituciones integrantes, las infraestructuras necesarias de *software* para la transmisión de ficheros entre las diversas entidades bancarias bajo la rapidez y seguridad requerida para este tipo de operaciones.

Hasta el momento, para las transferencias a nivel nacional, solo era necesario indicar el CCC²⁵, formado por veinte dígitos y dividido en cuatros bloques²⁶, pero con las exigencias establecidas para todo el territorio SEPA, ya sea el pago de carácter nacional o internacional, la identificación bancaria se hará a través del “IBAN”, que consta de un máximo de treinta y cuatro caracteres contiguos y que en cada país tiene una longitud fija; en el caso de España está formado por veinticuatro caracteres²⁷. Y en cuanto al uso del código «BIC», sólo ha sido exigible en las transferencias y adeudos domiciliados nacionales hasta el 1 de febrero de 2014, y para el caso de que ambas operaciones sean transfronterizas, será exigible hasta el 1 de febrero de 2016²⁸.

Otra novedad importante es el número de caracteres que el usuario puede incluir en la información de pago; para el caso de las transferencias, hasta el momento era de setenta y dos caracteres y a partir del 1 de febrero de 2014 es de ciento cuarenta; y para la operación de los adeudos directos, la información que se puede incluir es de seiscientos cuarenta caracteres y a partir del 1 de febrero del 2014 es de hasta ciento cuarenta caracteres.

IV. Peculiaridades de las transferencias bancarias y adeudos directos por domiciliación bajo la normativa SEPA

El pago mediante transferencia bancaria supone que el obligado al pago realiza una provisión de fondos a su propio banco o entidad financiera y ordena a éste que transfiera dichos fondos al beneficiario de la transferencia mediante el ingreso en la cuenta mencionada por éste último²⁹.

²⁵ A nivel internacional es conocido por BBAN.

²⁶ Los cuatros primeros dígitos están referidos al código de la Entidad, que coincide con el número de Registro de Entidades del Banco de España; los siguientes cuatro dígitos identifican la sucursal u oficina en donde se procedió a la apertura de la cuenta bancaria, independientemente de la modalidad de contrato bancario (cuenta corriente, depósito financiero, etc.); los dos siguientes, son los denominados dígitos de control; por último se encuentran los diez dígitos restantes: éstos hacen referencia al número de cuenta que permite identificarla de manera inequívoca; están asociados de manera personal a uno o a varios titulares, ya sean personas físicas o jurídicas.

²⁷ Los dos primeros son de carácter alfabético e identifican al país. Los dos siguientes son dígitos de control que permiten verificar la exactitud del “IBAN” y los restantes son el número de cuenta bancaria. En España, se determina de la siguiente forma: “ES” (código de país para España –dos letras– especificado en la norma ISO3166) más el número de control formado por dos dígitos y seguidamente el CCC completo de la correspondiente cuenta corriente bancaria (veinte dígitos).

²⁸ Cuando un servidor de servicios de pago haya aceptado el código «IBAN», tendrá que adjuntar el «BIC» necesario en la orden para que se realice la transacción. Por ello, los bancos del territorio SEPA tienen que invertir en tecnología *backoffice* para soportar la migración al SEPA de sus clientes. J. WILLIAMS, “¿Cómo dar forma a los datos para migrar a SEPA?”, *Estrategia financiera*, n° 305, 2013, p. 15.

²⁹ En esta operación concurren multiplicidad de relaciones. En un primer momento la relación entre el ordenante y el beneficiario, de la que se deriva como obligación principal el pago; en segundo lugar, se encuentra la relación entre el ordenante y la entidad financiera o banco, en la que éste asume la obligación caracterizada por un contrato de mandato o de comisión mercantil; y por último la relación entre el banco ordenante y el beneficiario y la relación entre el banco beneficiario y su cliente, que es el destinatario del pago realizado a través de transferencia bancaria. Para más información acerca de la calificación jurídica de las

Al amparo de la normativa SEPA se entenderá materializada una transferencia, si ambas cuentas intervinientes, la del obligado al pago y la del beneficiario, están localizadas dentro del EEE (UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega) y adicionalmente para cuentas de entidades adheridas en Suiza y Mónaco. El plazo máximo de ejecución es de un día hábil a partir del momento de emisión de la orden de transferencia.

En cuanto al pago mediante remesa, consistente en un conjunto de documentos que el exportador presenta a su banco para que éste, bien por sí mismo o a través de otros bancos, gestione y logre su cobro frente al importador, es tratado como un medio de pago cuya iniciativa corresponde al exportador quien presenta a un banco sito en su país, uno o varios documentos financieros (*Financial Documents*), que sirven para obtener el pago por parte del importador³⁰. Más en concreto, el pago mediante adeudo directo SEPA³¹ presenta dos modalidades: una básica llamada *CORE*, y otra para uso exclusivo entre empresas y profesionales, denominada *B2B*.

El adeudo directo SEPA básico (*CORE*), se trata de un instrumento que permite realizar cobros en euros adeudando la cuenta del deudor ya sea consumidor, empresa o autónomo. La particularidad radica en la presentación al cobro; con carácter general se deberán presentar al banco emisor con una antelación respecto a la fecha de cobro de siete días hábiles para primeras operaciones o únicas y de cuatro días hábiles para operaciones recurrentes. En cuanto a los plazos de devolución de un determinado adeudo son de hasta ocho semanas a instancias del cliente deudor por cualquier motivo (incorriente, importe erróneo, cuenta bancaria equivocada...), y de más de ocho semanas y hasta trece meses para pagos no autorizados por orden del cliente.

Con respecto al adeudo *B2B*³², permite realizar cobros en euros entre empresas, en ningún momento entre consumidores; a diferencia del básico tiene un plazo de devolución de sólo dos días, y en el mismo periodo, el cobro se abona de manera definitiva³³. Existe un

distintas relaciones. R. ARENAS GARCÍA, “Medios de pago, garantías y financiación”, en: J.C. Fernández Rozas / R. Arenas García / P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 450-453.

³⁰ En la remesa intervienen varios sujetos: ordenante de la remesa, banco remitente, banco cobrador, librado, banco presentador. Y además se pueden distinguir varias modalidades: remesa simple (*Clean Collection*), remesa documentaria (*Documentary Collection*). J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medios de pago internacionales”, en: Calvo Caravaca, A-L. / Carrascosa González, J. (dirs.), *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 903-906.

³¹ El adeudo español es una de las operaciones más utilizadas, siendo la columna vertebral del sistema de pago entre particulares y en el comercio minorista. J. SANTAMARÍA NAVARRETE, “El adeudo domiciliado español: una joya de la orfebrería bancaria en metamorfosis europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 296, 2009, pp. 111-116.

³² Las distintas modalidades de medios de pago implican la existencia de un doble régimen jurídico, por un lado las relaciones comerciales (B2B) y por otro lado las relaciones de consumo (B2C), en donde el consumidor se encuentra en un posicionamiento más débil ante el comerciante, siendo éste parte fuerte de la relación jurídica, puesto que puede hacer valer sus pretensiones a través de la imposición de condiciones y cláusulas por medio de contratos de adhesión: D.J. VICENTE BLANCO, “Medios electrónicos de pago y jurisdicción competente en supuestos de contratos transfronterizos en Europa. (Los criterios de competencia judicial del derecho comunitario europeo y su aplicación a las relaciones contractuales involucradas en los medios electrónicos de pago)”, en: R.M. Mata y Martín (dir.) / A.M. Javato Martín (coord.), *Los medios electrónicos de pago: problemas jurídicos*, Granada, Comares, 2007, pp. 293-317.

³³ J. MARÍA BUEY, “El proyecto SEPA paso a paso”, *Estrategia financiera*, n° 305, 2013, pp. 10-11.

registro de entidades adheridas³⁴ al esquema B2B que elabora el EPC, que permite la puesta en marcha de esta operación con las garantías y peculiaridades que presenta.

Por todo ello, con las transferencias y adeudos SEPA, se pretende un abaratamiento en los costes en dichas operaciones. En todo caso, se verán favorecidas ambas partes, es decir, la entidad financiera bajo la operatividad y eficiencia en sus operaciones, esencialmente en aquellas de carácter internacional, y los propios consumidores, en aquellos gastos originados que se han derivado de la materialización de una determinada operación, incluyendo aquí a las empresas, esencialmente aquellas que presentan un volumen de pagos muy elevado³⁵. Por ello, se puede afirmar que la consecuencia que se espera de la implantación del sistema de pagos SEPA es la disminución de los costes bancarios y una gestión rápida y automática de las transacciones internacionales.

V. El consumidor y su protección: accesibilidad e interoperatividad

La accesibilidad en los servicios de pago SEPA, se traduce en la obligación hacia el proveedor de servicios de pago para que sea accesible a los ciudadanos a la hora de llevar a cabo transferencias o adeudos domiciliados tanto de carácter nacional como transfronterizo.

Así pues, el proveedor de servicios de pago de un beneficiario que sea accesible para la realización de transferencias de ámbito nacional, deberá ser accesible para la realización de transferencias iniciadas por un ordenante a través de un proveedor de servicios de pago radicado en cualquiera de los Estados. Igualmente, el proveedor de servicios de pago de un ordenante que sea accesible para la realización de adeudos domiciliados de ámbito nacional, deberá ser accesible para la realización de adeudos domiciliados iniciados por un beneficiario a través de un proveedor de servicios de pago radicado en cualquiera de los Estados.

En cuanto a las características que definen al principio de la interoperabilidad son materializadas en las siguientes obligaciones, principalmente impuestas para los proveedores de servicios de pago: a) Las disposiciones de los regímenes de pago utilizados por los proveedores de servicios de pago, deben ser las mismas tanto para las transferencias nacionales como para las transfronterizas en la UE; b) Los adherentes a los regímenes de pago deben representar a la mayoría de los proveedores de servicios de pago de la mayoría

³⁴ http://epc.cbnet.info/docs/B2B_SEPA_DD.pdf.

³⁵ Si bien es cierto que en lo relativo a los costes de las operaciones internacionales, cada empresa deberá abordar negociaciones con sus entidades financieras en función de los diferentes contratos que ambas partes han llevado a cabo. La obtención de la posición más ventajosa en la racionalización del gasto, será un objetivo esencial en el marco empresarial. De todos modos, existe la ventaja de que una única entidad financiera puede ser capaz de operar para todo el territorio SEPA: T. NÚÑEZ MONEDERO, “Claves de la adaptación empresarial a SEPA”, *Estrategia financiera*, n° 242, 2007, p. 63. Por ello, aquellas compañías que compitan a nivel global y con diferentes estrategias en el mercado internacional, podrán modificar sus estrategias comerciales bajo un mismo patrón de tiempo y coste: E. CONEJERO COBO, “Las nuevas reglas de la gestión financiera: SEPA”, *Estrategia financiera*, n° 242, 2007, p. 66.

de Estados; c) El operador del sistema de pago, debe garantizar que su sistema de pago sea técnicamente interoperable con otros sistemas de pago minoristas en la UE, utilizando para ello normas elaboradas por organismos europeos o internacionales; d) El procesamiento de las transferencias y adeudos no debe ser dificultado por obstáculos técnicos y así poder alcanzar la eficiencia y buen resultado del pago ordenado por el consumidor y/o usuario que ha intervenido en la operación.

Así, denotar ventajas competitivas³⁶ y encontrar soluciones innovadoras para hacer frente a los retos tecnológicos del sector de pagos en euros, bajo principios protectores hacia el consumidor y usuario transfronterizo, garantizando el amparo a la parte más débil³⁷ y jurídicamente menos experta³⁸, será un avance que fomentará el intercambio de mercancías y servicios en un espacio sin fronteras, siendo ello de un innegable valor en el contexto de crisis económica que en la actualidad azota a Europa.

VI. A modo de conclusión

Con la nueva implantación del sistema de pagos SEPA, los consumidores, usuarios y empresarios de la UE, podrán beneficiarse de la nueva operativa de mercado en condiciones más favorables, basada esencialmente en el principio de igualdad de gastos en los pagos transfronterizos, con un sistema de pago innovador, seguro y económico. Ello supone una modernización de las infraestructuras de pagos electrónicos conllevando una mejora efectiva y así lograr un marco jurídico eficaz y armonioso.

Los consumidores, solo necesitarán una cuenta bancaria y una tarjeta para realizar sus pagos en euros en toda la SEPA³⁹; los comerciantes, dispondrán de una oferta más amplia en proveedores de servicios de procesamiento, terminales y redes de tarjetas. Y en cuanto a las empresas y Administraciones Públicas, podrán centralizar sus operaciones financieras en euros y aprovechar las oportunidades de proceso automático de órdenes de pago de principio a fin, por lo que beneficiará a todos los participantes en los sistemas de pago.

Con ello se favorecerá el comercio internacional, bajo el acervo de la armonización normativa en el sistema de pagos SEPA, evitando provocar obstáculos entre las partes

³⁶ Competencia y consumo constituyen los elementos esenciales y fundamentales del “Mercado Interior” que la UE tiene por objeto hacer funcionar, con un objetivo fundamental de carácter económico: G. PAISANT, “Perspectivas de protección para los consumidores europeos”, en: J. Tomillo Urbina (dir.) / J. Álvarez Rubio, (coord.), *La Protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 348.

³⁷ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del *International Stream-of Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n° 2, 2012, pp. 197-200; E. CASTELLANOS RUIZ, “Las normas de Derecho Internacional Privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, 2009, pp. 148-152.

³⁸ S. LARRAZABAL BASAÑEZ, “La protección de los consumidores en la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca*, n°22, 2011, pp. 21-35.

³⁹ Ante este escenario, podemos decir que los sujetos intervinientes en las operaciones de pago, pueden realizar de manera sencilla y exitosa, desde una sola cuenta situada en cualquier lugar de la SEPA, lo que anteriormente solo se hacía en el ámbito nacional, bajo los principios protectores de eficiencia y seguridad.

intervinientes⁴⁰ en la operación de pago transfronteriza. Además, se debe destacar el ahorro en los gastos jurídicos que se pudieran derivar de la operación y perfeccionamiento del pago, puesto que si se atiene a lo dispuesto por la normativa interna de cada sujeto interviniente, posiblemente en la mayoría de las ocasiones, estos gastos fueran repercutidos al usuario y consumidor que realiza la operación de pago⁴¹.

Poner en práctica la integración económica europea de pequeños pagos, ante un uso generalizado del comercio electrónico internacional, supone dar un paso más, venciendo así criterios de carácter nacional de cada Estado y potenciar una unificación en las relaciones comerciales entre los consumidores, usuarios y empresas. Se eliminaría las diferencias entre los pagos en euros nacionales y transfronterizos. Las divergencias funcionales entre nacional y transfronterizo desaparecen, a pesar de que el reto de la migración y sustitución de los antiguos estándares no está siendo sencillo.

Los costes administrativos y económicos que supone cumplir con la nueva regulación han conllevado un gran impacto en los procesos de negocios. La preocupación por la pérdida de ingresos en el procesamiento de los pagos transfronterizos ha creado desconcierto, especialmente en las empresas multinacionales. Por ello, SEPA ha requerido una gran inversión para cambiar las estructuras existentes, así como la renovación de los sistemas *hardware* para ejecutar la nueva organización en el sistema de pagos.

Pero si bien es cierto que con una infraestructura común desarrollada se pueden alcanzar mayores beneficios, no solo económicos sino también de protección jurídica, presentándose una cobertura tan necesaria en los servicios de pagos bajo la calidad y velocidad que requiere el buen fin de la operación. Se reduce la multiplicidad en las relaciones y en la aplicación de variadas legislaciones de los diferentes Estados, consiguiendo un beneficio no solo en las economías nacionales sino también a nivel comunitario. Además incorporar a las TIC la red de pagos, supone una mejora en la infraestructura del proyecto que la UE tiene desarrollado en la zona SEPA, suponiendo un incremento en los niveles de competencia y así lograrse un aumento del volumen de transacciones económicas.

⁴⁰ Para poder aprovechar de manera plena todas las ventajas de SEPA se requiere un esfuerzo de todos los usuarios de pago, ya sean empresas grandes, pequeñas o medianas, comerciantes, Administraciones Públicas o clientela minorista: M. HEMPEL / F. TUR HARTMANN, “El sector de los pagos en la zona del Euro desde la perspectiva del Banco Central Europeo: la Zona Única de Pagos para el Euro (SEPA) y su repercusión”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 296, 2009, pp. 56-58.

⁴¹ Al respecto, de manera análoga, la Dra. Pilar Maestre Casas señala que la armonización normativa provoca diferentes niveles de protección en los distintos Derechos nacionales de los Estados de la Unión, dando lugar a fragmentaciones en el mercado, por ello puede tener un efecto negativo impidiendo explotar todo el potencial del mercado interior: P. MAESTRE CASAS, “Tutela judicial de los consumidores en litigios transfronterizos”, en: M.I. Sánchez Barrios, (dir.), *Estudios sobre Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 280-284.

VII. Referencias bibliográficas

- A. CALLEJA, “Aspectos jurídicos clave del proceso de internacionalización empresarial”, *Harvard Deusto business review*, n° 213, 2012.
- A. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior, y la nueva figura de las entidades de pago en España y el Reino Unido”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2012.
- A. MARTÍNEZ PUÑAL, “Los pagos internacionales ante la crisis actual. Análisis y valoración del Acuerdo para la creación de un Sistema Unitario de Compensación Regional de Pagos (SUCRE)”, en: J. Martín y Pérez de Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales: XXIII Jornadas ordinarias de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, AEPDIRI, 2010.
- B. VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, “Las tarjetas en el marco de la SEPA”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, n° 134, 2014.
- B. WILKO / S. HEIKO, “SEPA, Efficiency and Payment Card Competition”, Working Paper n° 1140, *European Central Bank*, 2009.
- C. CHULIÁ GARCÍA, “Transposición en España de la Directiva de servicios de pago en el mercado interior”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 2009.
- : “Migración a la SEPA y transposición de la Directiva de Servicios de Pago: la integración del mercado europeo de pagos minoristas sigue su curso”, en: R. Martínez-Pardo del Valle / F.J. Zapata Cirugeda (dirs.), *Observatorio sobre la reforma de los mercados financieros europeos (2008)*, Madrid, Fundación de Estudios Financieros, 2008.
- : Reforma del mercado europeo de pequeños pagos: comienza la migración a la SEPA”, *Economistas*, n° 116, 2008.
- D. MARCOS FRANCISCO, “Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea”, *Actualidad Civil*, n° 12, 2012.
- D.J. VICENTE BLANCO, “Medios electrónicos de pago y jurisdicción competente en supuestos de contratos transfronterizos en Europa. (Los criterios de competencia judicial del derecho comunitario europeo y su aplicación a las relaciones contractuales involucradas en los medios electrónicos de pago)”, en: R.M. Mata y Martín (dir.) / A.M. Javato Martín (coord.), *Los medios electrónicos de pago: problemas jurídicos*, Granada, Comares, 2007.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Las normas de Derecho Internacional Privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, n° 2, pp. 134-159.
- E. CONEJERO COBO, “Las nuevas reglas de la gestión financiera: SEPA”, *Estrategia financiera*, n° 242, 2007.

- F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 1, 2009.
- F. LIÉBANA CABANILLAS / J. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ / F. MUÑOZ LEIVA, “La integración de los sistemas de pago en Europa al amparo de la SEPA. El caso del pago móvil”, *Papeles de economía española*, nº 137, 2013.
- F. MERINO PEDRAZA, “El impacto de la SEPA en las comunicaciones bancarias”, *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, nº 81, 2008.
- F. MERINO PEDRAZA, “Primeros pasos de SEPA en España. Implicaciones para las empresas”, *Estrategia financiera*, nº 253, 2008.
- G. PAISANT, “Perspectivas de protección para los consumidores europeos”, en: J. Tomillo Urbina (dir.) / J. Álvarez Rubio, (coord.), *La Protección jurídica de los consumidores como motor del desarrollo económico*, Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2011.
- J. BILBAO, “Del mercado único a la Unión Monetaria: ¿hacia una política económica común?”, *Cuadernos europeos de Deusto*, nº 50, 2014.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medios de pago internacionales”, en: Calvo Caravaca, A-L. / Carrascosa González, J. (dirs.), *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006.
- J. DANIEL PINA, “La SEPA: un avance hacia la integración de los sistemas de pago europeos”, *Informe Mensual-La Caixa*, nº 377, 2014.
- J. JAIME ESLAVA, “Las particularidades del comercio internacional y los medios de cobro y pago”, *Harvard Deusto Business Review*, nº 213, 2012.
- J. MARÍA BUEY, “El proyecto SEPA paso a paso”, *Estrategia financiera*, nº 305, 2013.
- J. PALMERO ZURDO, “Un marco jurídico armonizado para los servicios de pago en el mercado interior”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 296, 2009.
- J. SANTAMARÍA NAVARRETE, “El adeudo domiciliado español: una joya de la orfebrería bancaria en metamorfosis europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 296, 2009.
- J. WILLIAMS, “¿Cómo dar forma a los datos para migrar a SEPA?”, *Estrategia financiera*, nº 305, 2013.
- M. CARBALLO FIDALGO, “La protección del consumidor en la Unión Europea y su incidencia en el Derecho español. Crónica de su subordinación a la consecución del mercado interior”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 315, 2011.
- M. HEMPEL / F. TUR HARTMANN, “El sector de los pagos en la zona del Euro desde la perspectiva del Banco Central Europeo: la Zona Única de Pagos para el Euro (SEPA) y su repercusión”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 296, 2009.
- P. MAESTRE CASAS, “Tutela judicial de los consumidores en litigios transfronterizos”, en: M.I. Sánchez Barrios, (dir.), *Estudios sobre Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- R. ARENAS GARCÍA, “Medios de pago, garantías y financiación”, en: J.C. Fernández Rozas / R. Arenas García / P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013.

[Las operaciones de pago “on line” en el territorio SEPA: especial atención a las transferencias transfronterizas y adeudos domiciliados]

David CARRIZO AGUADO

- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del International *Stream-of Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, nº 2.
- S. GORJÓN RIVAS, “Tarjetas, transferencias y domiciliaciones: un recorrido por los primeros dieciocho meses de la SEPA”, *Perspectivas del sistema financiero*, nº 97, 2009.
- S. LARRAZABAL BASAÑEZ, “La protección de los consumidores en la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca*, nº 22, 2011.
- T. HUALDE MANSO, “Algunas cuestiones de la nueva regulación de los servicios de pago desde la perspectiva de sus usuarios. Ley 16/2009 de 13 de noviembre, de servicios de pago y RD 712/2010 de 28 de mayo de Régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago”, *Aranzadi Civil. Revista Doctrinal*, 2010.
- T. NÚÑEZ MONEDERO, “Claves de la adaptación empresarial a SEPA”, *Estrategia financiera*, nº 242, 2007.

El Contrato laboral internacional y el *forum non conveniens* en Venezuela

Carolina DALY MAESTRE*

Resumen

El *forum non conveniens* como doctrina para la declinación de la jurisdicción en otro concurrente, que resuelva el caso de manera efectiva, justa, correcta y que, otorgase la justicia material en el caso concreto, parece ser el método idóneo para la resolución de conflictos en materia de contratos laborales internacionales en Venezuela; más, cuando los tribunales nacionales equívocamente se atribuyen jurisdicción exclusiva con normas de derecho aplicable en base al orden público (a priori). La utilidad de su aplicación requerirá de un estudio del juez y de su búsqueda de justicia, así como de la integración de la doctrina del *forum non conveniens* en la normativa de derecho internacional venezolano y sus leyes nacionales sobre la materia.

Abstract

The *forum non conveniens* as doctrine for declining other concurrent jurisdiction, that resolves the case effectively, fairly, correctly and that would grant substantive justice in the case, seems to be the ideal method for resolving conflicts of international labor contracts in Venezuela; Moreover, when national courts are mistakenly attributed exclusive jurisdiction to rules of applicable law on grounds of public order (a priori). The usefulness of its implementation will require a study of the judge and his quest for justice and the integration of the doctrine of *forum non conveniens* in the rules of international law and the Venezuelan national laws on the subject.

Registro bibliográfico

DALY MAESTRE, Carolina, “El Contrato laboral internacional y el *forum non conveniens* en Venezuela”, Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp. 67-78.

Descriptores/ describers

- *forum non conveniens*, contratos laborales internacionales, jurisdicción internacional.
- *forum non conveniens*, international labor contracts, international jurisdiction.

* Egresada de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 2010. Alumna de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado en el Instituto de Postgrado de la Universidad Central de Venezuela.

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Conceptos Básicos. 1. Contrato internacional. 2. Jurisdicción. 3. Derecho aplicable. III. *Forum non conveniens*. 1. Concepto y Requerimientos. IV. Aplicabilidad en Venezuela. V. Consideraciones finales. VI. Referencias bibliográficas

I. Consideraciones preliminares

Los contratos laborales con elementos de extranjería relevantes, primordialmente son contratos internacionales, aunque existe una particularidad en cuanto al derecho aplicable, ya que si los servicios fueron convenidos o prestados en nuestro territorio nacional es nuestra normativa interna la que priva por una razón de orden público interno; pero si no se da ninguno de éstos dos factores de conexión, se hace uso del régimen general para los contratos internacionales. Determinar el criterio jurídico del contrato laboral internacional es relativamente sencillo, sólo basta con existan vínculos relevantes con ordenamientos laborales extranjeros. Sin embargo, no podemos decir lo mismo con respecto a la determinación del criterio económico de dicho contrato; ¿un trabajador puede afectar directamente en la producción y distribución mundial de una compañía con peso internacional o puede afectar su renombre a nivel mundial?

En todo caso, la razón de este trabajo es dilucidar sobre la jurisdicción y el derecho aplicable a los contratos laborales internacionales y determinar si, a raíz de una demanda patrimonial ante los tribunales venezolanos por prestaciones sociales exigidas por el trabajador expatriado que culminó con las labores establecidas en su contrato de trabajo internacional, es posible eliminar la errada idea de la jurisdicción exclusiva de nuestros tribunales, a través del uso del *forum non conveniens*. Por lo tanto, el presente trabajo tiene como finalidad establecer una serie de conceptos preliminares que nos permitirán determinar si en los contratos laborales internacionales es posible hacer uso del *forum non conveniens* para excepcionar la jurisdicción de los tribunales venezolanos en aquéllos casos donde la vinculación con nuestro territorio es mínima y donde el Estado, basado en el criterio exorbitante de soberanía y territorialismo, se atribuye competencias exclusivas.

Indagaremos en la posibilidad de usar ésta doctrina originaria del *common law*, para permitirle al juez venezolano declinar su jurisdicción en otro Estado que también la tiene con la finalidad de proteger el debido proceso y obtener la justicia material en el caso concreto que tanto busca el derecho internacional privado.

II. Conceptos básicos

1. Contrato internacional

Para empezar, debemos atender a una serie de conceptos; definiendo primeramente a la relación laboral como una prestación de servicios personal, bajo la dependencia de otra persona, bien sea natural o jurídica, en donde el que presta servicio (el trabajador) recibe

una remuneración a cambio de su servicio por parte del empleador¹. La manera más eficaz para determinar si se está bajo una relación de trabajo es a través de un contrato laboral, entendiendo éste como: “...aquél mediante el cual se establecen las condiciones en el que la persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario justo...”².

Una vez determinado los conceptos de relación de trabajo y contrato laboral, es necesario comprender qué son los contratos internacionales. En este sentido se tiene que un contrato es internacional bajo dos criterios³: 1) jurídico: la presencia de elementos de extranjería relevantes y, 2) económico: cuando existe una incidencia en la economía a nivel internacional y existe un renombre a nivel mundial⁴. Nuestra Ley de derecho internacional privado⁵ no es específica en cuanto a qué hace a un contrato internacional, simplemente en su artículo primero establece que sean supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros, por lo que pareciera que cualquier elemento de extranjería es válido sin importar su relevancia⁶.

Transportando esta definición a los contratos laborales internacionales que establecen las condiciones de la relación laboral, se tiene que el contrato laboral internacional, como lo establece Carlos Felce⁷: “*tiene contactos relevantes con la legislación laboral de distintos países o jurisdicciones*”. En todo caso estamos hablando de contratos de prestación de servicio bajo relación de dependencia, que tenga conexión con diferentes ordenamientos jurídicos, es decir, que tenga elementos de extranjería relevantes.

¹ Gaceta Oficial Extraordinaria n° 6.076 del 07/05/2012.

Artículo 35: Se entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica. La prestación de su servicio debe ser remunerado.

Artículo 53: Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba.

Se exceptuarán aquellos casos en los cuales, por razones de orden ético o de interés social, se presten servicios a la sociedad o a instituciones sin fines de lucro, con propósitos distintos a los planteados en la relación laboral.

² Artículo 55: El contrato de trabajo, es aquel mediante el cual se establecen las condiciones en las que una persona presta sus servicios en el proceso social de trabajo bajo dependencia, a cambio de un salario justo, equitativo y conforme a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Ley.

³ F. ROMERO, “El derecho aplicable al contrato internacional”, *Liber Amicorum T.B. de Maekelt*, t. I, pp. 212 ss.

⁴ Ver CSJ/ SPA, “Caso *Pepsicola*” del 09/10/1997.

⁵ Gaceta Oficial n° 36.511 de 06/08/1998.

⁶ C. MADRID MARTÍNEZ, “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a Melich-Orsini*, Serie Eventos 29, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, p. 337.

⁷ C. FELCE, “La Legislación Aplicable al Contrato Internacional de Trabajo en el Derecho del Trabajo Venezolano, bajo la Ley de Derecho Internacional Privado”, Addendum 2001, Ley de Derecho Internacional Privado, *Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, p. 5.

2. Jurisdicción

Cuando existe algún conflicto laboral internacional lo primero que debe determinarse es cuál tribunal es competente para conocer del asunto, por lo que éstos deben atenerse a los criterios atributivos de jurisdicción previstos en el ordenamiento jurídico correspondiente. En los conflictos planteados ante los tribunales venezolanos, el juez debe verificar los criterios atributivos de jurisdicción que nuestro ordenamiento establece. En los casos con elementos de extranjería relevantes, se debe hacer uso del orden la prelación de las fuentes de nuestra Ley de derecho internacional privado (en lo sucesivo “LDIP”), contenidas en su artículo primero, teniendo que verificar el juez si existe o no algún tratado sobre la materia entre Venezuela y el o los países que se vinculan a la relación de trabajo.

De no existir tratado alguno entre los países vinculados al conflicto, debe el juez acudir a las normas de derecho internacional privado venezolano que establezcan los criterios atributivos de jurisdicción. En nuestra LDIP, se consagran en los artículo 39 y siguientes, los criterios atributivos de jurisdicción, teniendo en primer lugar el domicilio del demandado, recordando que si se trata de una persona natural, el domicilio viene dado por la residencia habitual⁸ y, si se trata de una persona jurídica es el lugar de su establecimiento o el que indique su acta constitutiva⁹.

Es necesario que el juez verifique si existe una sumisión tácita o expresa ante los tribunales venezolanos, bien sea porque las condiciones del contrato establecidas voluntariamente por las partes expresen inequívocamente y de manera clara a cuáles tribunales deciden someterse en caso de conflicto o a través del sometimiento ante los tribunales venezolanos sin que el demandado alegue como cuestión previa, la falta de jurisdicción de nuestros tribunales.

Es menester recalcar que la jurisdicción no es determinada por el derecho aplicable al fondo del asunto, es decir, existen criterios atributivos de jurisdicción determinado en nuestras normas de derecho internacional, pero no existe alguno que establezca que tengamos jurisdicción porque nuestro derecho es el aplicable. En Venezuela, cuando existen conflictos laborales, se ha reiterado en varias decisiones la confusión de jurisdicción con derecho aplicable¹⁰, debido a que el juez en muchas ocasiones, se fundamenta en el carácter de orden público interno que tiene la Ley del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (en lo sucesivo “LOTTT”) en su artículo 2 y 3¹¹, estableciendo que sólo los

⁸ Artículo 11: El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual.

⁹ Artículo 203 del Código de Comercio: El domicilio de la compañía está en el lugar que determina el contrato constitutivo de la sociedad, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal.

¹⁰ TSJ/SPA, n° 5878 “*Robert Wyne Watson vs. Cliffs Drilling Company*”, 13/10/2005. Mencionado por Y. PÉREZ en su artículo “Los trabajadores ante el Derecho Internacional Privado. Un análisis a la luz de los problemas de determinación de la jurisdicción de los Tribunales Venezolano”, *Estudios de Derecho Internacional Privado*, p. 310.

¹¹ Artículo 2º: Las normas contenidas en esta ley y las que deriven de ella, son de orden público y de aplicación imperativa, obligatoria e inmediata, priorizando la aplicación de los principios de justicia social, solidaridad, equidad y el respeto a los derechos humanos.

tribunales venezolanos deben conocer sobre las controversias donde se convenga o preste servicios en el territorio nacional; siendo pertinente recalcar que esos artículos sólo funcionan para la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto, pudiendo los tribunales venezolanos tener jurisdicción y aplicar derecho extranjero y viceversa.

La única manera de que los tribunales tengan jurisdicción exclusiva es cuando se trate de: 1) controversias relativos a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, supuesto que no aplica; 2) una materia en la que no cabe transacción, supuesto no se puede argumentar, ya que la normativa laboral venezolana permite transar y resolver los conflictos mediante arbitraje¹² y; 3) materias que afecten el orden público venezolano, en este sentido existe una “maña” por parte de nuestros tribunales de determinar apriorísticamente el carácter de orden público¹³ de la materia, sin determinar ciertamente y bajo razones claras, cuáles son los principios fundamentales y esenciales del sistema venezolano que están siendo vulnerados; se basan en la sola determinación que hace LOTTT sobre el carácter de orden público de ésta; debiendo recordar que esos artículos son válidos en cuanto al derecho aplicable al fondo del asunto y no a la determinación de la jurisdicción.

3. Derecho aplicable

Una vez determinada la jurisdicción, es necesario resolver ¿cuál es el derecho aplicable al fondo del asunto? Asumiendo que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción, es necesario que el juez determine el derecho aplicable haciendo uso del artículo primero de la LDIP, verificando si existe tratado alguno sobre la materia entre los Estados vinculados y en su defecto aplicando normas de derecho internacional privado, como las contenidas en la propia LDIP y la LOTTT.

Artículo 3º: Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley. Igualmente se aplicaran las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país.

¹² Gaceta Oficial n° 37.504 del 13/08/2002.

Artículo 133: En la audiencia preliminar el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Si esta mediación es positiva, el Juez dará por concluido el proceso, mediante sentencia en forma oral, que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada.

Artículo 138: El juez, a petición de las partes, ordenará la realización de un arbitraje que resuelva la controversia, a fin de estimular los medios alternos de resolución de conflictos, en la forma prevista en esta Ley.

¹³ A. CARRASQUERO STOLK, “Relaciones de Trabajo Internacionales: problemas resueltos y por resolver”, *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Serie Cuadernos n° 1, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, p. 79.

Con respecto a lo establecido en el artículo tercero de la LOTTT, se establece que se hará uso de nuestra normativa laboral en toda la relación laboral cuyo contrato fue celebrado en Venezuela y a la parte en donde los servicios hayan sido prestados en nuestro territorio. En todo caso, los factores que determinan la aplicación de las normas laborales venezolanas son: 1) el lugar de celebración del contrato y 2) la prestación de servicios en el territorio nacional¹⁴. Con respecto al primero de los factores, Andrés Carrasquero indica que: “es inadecuado que la sola celebración del contrato sea un factor de conexión suficiente para determinar la aplicación del derecho venezolano a toda la relación de trabajo”¹⁵.

En los casos en los que no se celebra el contrato en Venezuela o el trabajador no presta sus servicios en el territorio nacional, se deja de lado la aplicación de la LOTTT, para hacer uso del régimen general de los contratos internacionales establecidos en la LDIP, esto debido que el artículo tercero de la LOTTT es una norma de extensión que exceptúa el funcionamiento de la norma general indirecta, que en este caso se refiere a la determinación del derecho en las obligaciones convencionales que estipula nuestra LDIP en los artículos 29, 30 y 31¹⁶.

Sin la existencia de un contrato celebrado y ejecutado en Venezuela, no se hace uso de la LOTTT, sino de LDIP y se le trata como un contrato internacional cualquiera, ya que al no existe una ley procesal especial que atribuya jurisdicción en las causas laborales¹⁷; por lo que debemos hacer uso del artículo 29¹⁸ que establece que mediante a la libre voluntad de las partes, se puede escoger el derecho aplicable, pero a falta de determinación expresa, se hará uso de los vínculos más estrechos contemplado en el artículo 30¹⁹, teniendo el juez la tarea de verificar mediante criterios objetivos y subjetivos cuáles son esos vínculos.

III. *Forum non conveniens*

1. Concepto y requerimientos

El *forum non conveniens* o foro no conveniente, en palabras de Yaritza Pérez²⁰: “es un correctivo de los criterios atributivos de jurisdicción existentes”. Ésta doctrina implica que aquéllos tribunales que tienen jurisdicción, porque así lo indican sus normas atributivas de jurisdicción, se niegan o se rehúsan a conocer y resolver la controversia planteada, puesto

¹⁴ A. CARRASQUERO STOLK (nota 13), p. 71.

¹⁵ A. CARRASQUERO STOLK (nota 13), p. 71.

¹⁶ A. CARRASQUERO STOLK (nota 13), p. 71.

¹⁷ O.M. DOS SANTOS, “Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo”, *Liber Amicorum T.B. de Maekelt*, t. I, p. 6.

¹⁸ Artículo 29: Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes.

¹⁹ Artículo 30: A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

²⁰ Y. PÉREZ PACHECO, “La Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado”, Serie Trabajos de Grado n° 15, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, p.189.

que su consideración, son los tribunales de otro Estado (en casos de jurisdicción concurrente) los que lograrían satisfacer de manera correcta y justa el caso en particular²¹.

Para hacer uso de esta doctrina, se requiere que exista una razón fuerte, ya que la escogencia del foro es una de las facultades que se le otorga al demandante. Además se requiere que exista una jurisdicción concurrente ante el cual el demandante pueda acudir para la resolución del conflicto y obtenga así la justicia material en el caso en concreto. Determinar si se trata o no de un foro adecuado es complicado y requiere del análisis de ciertos criterios que permitirán dar luces a la pregunta de si es o no conveniente, entre ellos tenemos: 1) que los hechos ocurran en dicho foro, lo que podrá determinar que se aplique el derecho de dicho foro y facilitaría la obtención de pruebas; 2) el domicilio del demandado sea persona natural o jurídica y 3) que se verifique si el foro es el del domicilio del demandante, porque esto implica una mayor carga para el demandado²².

Para que se pueda hacer uso de este correctivo a los criterios atributivos de jurisdicción se requiere que²³: 1) que exista otro foro adecuado que les permita a ambas partes, el derecho a la defensa sin injusticia y sin discriminación; 2) evaluar los intereses privados como: disponibilidad, evacuación y costos de las pruebas y; 3) evaluar los intereses públicos para la aplicación de su propio derecho por el ejercicio de su poder soberano, lo que erróneamente ha con llevado a algunos los jueces a la negación de su jurisdicción por verificar la existencia de un derecho extranjero que conviene sea aplicado por los jueces de ese derecho foráneo²⁴.

Con respecto a la evaluación que realiza el juez de los intereses públicos y privados, las cortes norteamericanas le atribuyen un gran valor a los primeros (intereses públicos), mientras que los ingleses prefieren abogar por los intereses privados, ya que para ellos, el interés público no se requiere para la determinación del *forum non conveniens*²⁵. En opinión personalísima, los tribunales venezolanos deberían aferrarse a la idea de los ingleses y hacer caso omiso de los intereses públicos para la aplicación del foro no conveniente; el interés público de un Estado está siempre vinculado a la noción de soberanía, pero también a la noción de territorialismo, que en muchos casos no permiten resolver la controversia y obtener la justicia material caso concreto ya que se desechan vínculos más estrechos, que al final podrían beneficiar a las partes facilitándoles el proceso.

IV. La aplicabilidad en Venezuela

La aplicación del *forum non conveniens* es natural en los países anglosajones; en el derecho civil su aplicación es casi nula, de hecho, la Sala Político Administrativa en una decisión del 18

²¹ V.H. GUERRA “*Forum non conveniens*”, *Derecho Procesal Civil Internacional*, In memoriam T.B. de Maekelt, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, p. 300.

²² V.H. GUERRA (nota 21), p. 300.

²³ V.H. GUERRA (nota 21), pp. 303 ss.

²⁴ TSJ en sala de Casación Social, n° 1524, del 14/10/2008 (“*National Oilwell de Venezuela C.A.*”)

²⁵ E. MÉNDEZ SALOM, “El *forum non conveniens* y su aplicación en Venezuela”, *Estudios de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Tatiana Maekelt*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 256.

de julio de 2001, negó la aplicación de ésta doctrina razonando que en Venezuela no es válido el uso del *forum non conveniens* y que además va en contra de los principios atributivos de jurisdicción; pero ésta argumentación usada por la Sala no tiene bases sólidas y claras para su negación y no existe prohibición en nuestras normas, todo lo contrario, en el Decreto con fuerza de Ley de Comercio Marítimo²⁶, en su artículo 333²⁷, se admite de cierta forma el foro no conveniente en los casos de citación personal en el territorio venezolano²⁸.

Nuestra Constitución²⁹ en su artículo 26, establece que toda persona tiene derecho a acceder a la justicia, a la tutela judicial efectiva y a obtener una pronta y justa decisión. La justicia deberá ser expedita y sin dilaciones indefinidas; el admitir una demanda donde el único contacto con el territorio venezolano es el domicilio del demandante o la sola celebración del contrato, cuando los hechos se verificaron en otro país y el domicilio del demandado no se encuentra en el territorio nacional, implica una dilación del proceso; al igual que la sola citación en tierras venezolanas se vuelve un estorbo para las partes y por ende deja de ser un proceso rápido y se aumenta la carga del demandado³⁰.

No existen razones para negar esta doctrina, es necesario que la Sala competente analice cada caso en particular y busque la justicia material en el caso concreto y si es conveniente para la protección de los intereses privados, admita exceptuar la jurisdicción venezolana en otra más conveniente.

Con respecto a la aplicabilidad del foro no conveniente en el derecho laboral venezolano, hasta el momento sólo existe una pequeña aproximación al *forum non conveniens*, como lo establecimos anteriormente, en el Decreto con fuerza de Ley de Comercio Marítimo y sólo en casos de citación personal. En la normativa laboral que nos incumbe, la admisión del foro no conveniente no parece ser una opción para exceptuar la jurisdicción venezolana. Considero que es pertinente el uso de esta doctrina para la resolución justa de aquéllos casos en dónde el único vínculo con el territorio venezolano es el lugar de celebración del contrato y el lugar de citación, es decir, los factores de conexión son el *locus celebrationis* y *locus citacionis*, establecidos en el artículo 40 numerales 2 y 3 de la LDIP.

En un país que posee un exigente control cambiario y con trámites migratorios burocráticos, la sola celebración en Venezuela puede deberse a la imposibilidad de obtener en un momento determinado una visa de transeúnte o visa de trabajo necesarias para la

²⁶ Gaceta Oficial n° 5551 del 09/11/2001.

²⁷ Artículo 333: Solamente en los casos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo anterior y en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado.

Los tribunales venezolanos tomarán en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera con el fin de tomar su decisión.

La solicitud se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción.

²⁸ E. MÉNDEZ SALOM (nota 25), p. 259.

²⁹ Gaceta Oficial Extraordinaria n° 5.908 del 19/02/2009.

³⁰ E. MÉNDEZ SALOM (nota 25), p. 261.

permanencia legal del trabajador expatriado en el país en el que es solicitado. El juez venezolano debe considerar en éste caso criterios objetivos y subjetivos así como los vínculos más estrechos con otro Estado, con la finalidad de permitir un debido proceso a ambas partes y lograr la justicia material en el caso concreto.

Existe un error por parte de muchos tribunales de confundir la jurisdicción con el derecho aplicable, mezclado la idea de orden público interno (a priori) de la normativa laboral venezolana con los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en los tratados ratificados por Venezuela y la LDIP en aquéllos casos con elementos de extranjería relevantes. Opino que el error recae en considerar al trabajador como un débil jurídico que requiere protección del Estado y sus normas; pero en todo caso, pareciera que sólo velan por el interés público para la aplicación de su norma, en mira de conservar su soberanía y el territorialismo. Si se debiese hacer uso de la excepción de orden público, sólo debería descartarse la norma jurídica cuya aplicación viola principios fundamentales del foro, siendo posible, la búsqueda dentro del derecho extranjero otra disposición análoga³¹.

La jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos, pareciera ser otra forma de esquivar al *forum non conveniens* en ésta área. A través del artículo 47³² de la LDIP: “(...) *materias que afecten los principios esenciales del orden público venezolano*”, los tribunales se atribuyen jurisdicción exclusiva e inderogable, pero según Luis Ernesto Rodríguez³³: “*El presupuesto base de la excepción no es que la materia objeto del asunto sea una materia calificada como de orden público en el Derecho venezolano para casos locales, sino, como se dijo, la violación manifiesta y grotesca que el resultado de aplicar o reconocer de ese Derecho extranjero provoque a nuestros principios*”. Se debe desechar la determinación de orden público a priori, debe verificarse, más allá de establecimiento de “estas normas son de orden público” de la LOTTT, si en verdad se viola de forma evidente y grotesca nuestros principios esenciales. Nuevamente recalco que, el artículo 47 se refiere a la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana en materias que afecten principios esenciales del orden público; es decir, los tribunales venezolanos necesariamente tienen jurisdicción, pero no llega más allá, no indica que la jurisdicción y el derecho aplicable deberán ser siempre la venezolana por la afectación de principios; existe otra confusión entre el derecho aplicable y criterios atributivos de jurisdicción.

El orden público establecido en la LOTTT, que se refiere realmente a la imperatividad de ciertos artículos de la norma, no es regente de los principios esenciales del orden público venezolano que permite la jurisdicción exclusiva de nuestros tribunales; la primera se refiere a derecho aplicable, la segunda a la jurisdicción.

³¹ F. ROMERO, “El derecho aplicable al contrato internacional”, *Liber Amicorum Tatiana B. de Maekelt*, t. I, p. 306.

³² Artículo 47: La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

³³ L.E. RODRÍGUEZ, “Inderogabilidad convencional de la jurisdicción”, *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, t. II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 1092.

En vista de la cerrada idea de orden público en el ámbito laboral, parece imposible la admisión de ésta doctrina. Considero que se requiere una modificación tanto de la LDIP como de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en lo sucesivo “LOPT”), para la inclusión del *forum non conveniens* dentro de su articulado.

En el caso de la LOPT, podría redactarse de la siguiente manera: Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en las acciones patrimoniales de índole laboral, cuando los servicios fueran prestados en el territorio nacional o cuando exista sumisión expresa o tácita; sólo en los casos de citación personal o cuando se hay convenido o celebrado el contrato en Venezuela, los tribunales podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, a favor de los tribunales de otro país, donde exista concurrencia y siempre que se le otorgasen al demandante las mismas garantías.

En cuanto a la LDIP podría agregársele un artículo que establezca al *forum non conveniens*, redactándose así: Los tribunales venezolanos podrán declinar su jurisdicción en favor de otro, en base al principio de proximidad y la protección del debido proceso, siempre que no verse sobre bienes inmuebles ubicados en la República, no se trate de materias sobre las que no cabe transacción, no viole principios esenciales del orden público venezolano y se logre la justicia material en el caso concreto.

V. Consideraciones finales

El contrato laboral internacional es aquél en el que existe vinculación con la normativa laboral extranjera.

En caso de conflicto laboral internacional presentado ante los tribunales venezolanos, deben éstos determinar mediante nuestros criterios atributivos, si poseemos jurisdicción, aplicando en primer lugar el artículo primero de la LDIP sobre el orden de las fuentes. Sólo en caso de no existir tratado alguno entre los países involucrados, hacemos uso de los artículos 39 y siguientes de la LDIP.

Una vez determinada la jurisdicción, se debe determinar el derecho aplicable al fondo del asunto. Aplicamos nuevamente la LDIP en su artículo primero sobre el orden de las fuentes, y una vez verificada la inexistencia de tratados sobre derecho aplicable entre los países vinculados, hacemos uso de las normas de derecho internacional privado venezolano. En los casos donde el servicio es convenido y prestado en Venezuela, hacemos uso de las disposiciones de la LOTTT, de no ser así, aplicamos el régimen general para los contratos internacionales establecidos en el artículo 29 y siguiente de la LDIP.

Con respecto a la jurisdicción casi exclusiva de los tribunales venezolanos en los casos laborales internacionales planteados en nuestro territorio en confusión con el “carácter” de orden público interno establecido en el artículo dos de la LOTTT y cuyo articulado va realmente dirigido al derecho aplicable al fondo del asunto; es necesario que los jueces desvinculen jurisdicción de derecho aplicable. El problema siempre recaerá en la interpretación que los jueces venezolanos realicen en cuanto a los principios esenciales de orden público venezolano en la jurisdicción. En opinión personalísima, los jueces deben

atribuirse jurisdicción exclusiva en base a los principios esenciales de orden público interno, cuando los tribunales o los métodos procesales de otro Estado afecten significativamente las garantías procesales de las partes. En los casos donde existe jurisdicción concurrente, donde el demandante puede hacer valer sus garantías y donde no exista una excesiva carga procesal para las partes, son casos con razones más que válidas para que nuestros tribunales declinen su jurisdicción.

Los jueces, en aras de preservar el derecho a la defensa, el debido proceso y verificando los vínculos más estrechos, deben tomar en cuenta los intereses privados y no los públicos que tienden a arraigar la soberanía territorialista del Estado. Por esto, en opinión personalísima, deben los tribunales declinar voluntariamente su jurisdicción en aquellos casos cuya única vinculación se deba al lugar de convenimiento y la citación personal del demandado, siendo que éstos no son factores poderosos para la atribución de jurisdicción y que en muchos casos vienen dados por mera casualidad y por trámites burocráticos en cuanto a tema migratorio se refiere.

El *forum non conveniens* es la forma ideal de que nuestros jueces declinen su jurisdicción, siempre verificando la existencia de otro tribunal que concurrentemente tenga jurisdicción y ante el cual el demandado tenga las mismas garantías y obtenga la justicia material en el caso concreto. Su admisión requiere una razón poderosa, que finalmente permitirá el debido proceso libre de dilaciones y en pro del desenvolvimiento de las partes.

Sería ideal la creación de un articulado tanto en la LOPT como en la LDIP, que admitan expresamente el *forum non conveniens*, teniendo como ejemplo el artículo 333 de nuestro Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo, pero no sólo en cuanto a citación personal, sino también en cuanto al convenimiento casual que da inicio a la relación laboral internacional.

VI. Referencias bibliográficas

- CARRASQUERO STOLK, A., “Relaciones de Trabajo Internacionales: problemas resueltos y por resolver”, *La Empresa y sus Negocios de Carácter Internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Cuadernos n° 1, 2011.
- DOS SANTOS, O.M., “Jurisdicción y el Proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo”, *Liber Amicorum. Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 2011.
- FELCE, C., *La Legislación Aplicable al Contrato Internacional de Trabajo en el Derecho del Trabajo Venezolano, bajo la Ley de Derecho Internacional Privado*, Caracas.
- GUERRA, V.H., “Forum non conveniens”, *Derecho Procesal Civil Internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Serie Estudios n° 88, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010.
- MADRID MARTÍNEZ, C., “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la lex mercatoria”, *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a Melich-Orsini*, Serie Eventos n° 29, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012.
- MÉNDEZ SALOM, ELIZABETH, “El forum non conveniens y su aplicación en Venezuela”, *Estudios de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Tatiana Maekelt*, 1ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.
- PÉREZ PACHECO, YARITZA, “La Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado”, Serie Trabajos de Grado n° 15, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.
- RODRÍGUEZ, L.E., *Inderogabilidad convencional de la Jurisdicción. Ley de Derecho Internacional Privado Comentada. Tomo II*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.
- ROMERO, F., “El derecho aplicable al contrato internacional”, *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. I. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2011.

A construção de um conceito de internacionalidade contratual pela jurisprudência do superior tribunal de justiça brasileiro

Frederico E. Z. GLITZ*

Resumo

O conceito do que venha a ser um contrato internacional sempre foi objeto de debate doutrinário no Brasil. Com o passar dos anos, contudo, este debate se arrefeceu. O presente artigo tem por objetivo constatar se a discussão doutrinária havida em torno daquele conceito foi acompanhada em termos jurisprudenciais. O artigo adota por método a pesquisa jurisprudencial, limitada aos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Tal escolha se justifica dada a importância e o papel que o referido tribunal desempenha no sistema judiciário brasileiro permitem concluir que seu posicionamento em torno do assunto é relevante. O artigo concluiu a escassa existência de material diretamente relacionado à matéria, além de constatar a pouca interação entre os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência. A originalidade do presente artigo é propor a possibilidade de desdobramento conceitual distintivo, a noção de internacionalização do contrato.

Abstract

The meaning of an international contract has always been object of doctrinal debate in Brazil. Over the years, however, this debate has cooled. This paper aims to determine whether the doctrinal discussion that took place around that concept was accompanied in jurisprudential terms. That aim was achieved by the jurisprudence research, limited to the Superior Justice Court (STJ). That choice, also, is justified: given the importance and the role that that Tribunal plays in the Brazilian legal system, STJ's conclusion on the theme is relevant. The article concluded on the existence of scarce material directly related to the matter, apart from finding little interaction between the criteria adopted by the doctrine and jurisprudence. The originality of this paper is to propose the possibility of unfolding a conceptual distinction, the notion of internationalization of the contract.

Registro bibliográfico

GLITZ, FREDERICO E.Z., “A construção de um conceito de internacionalidade contratual pela jurisprudência do superior tribunal de justiça brasileiro”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp.79-91.

Descriptores/ describers

- jurisprudência nacional; contrato internacional; conceito; internacionalização; Brasil
- nationalcase law; international contracts; concept; internationalization; Brazil

* Professor do Programa de Mestrado em Direito do UNOCHAPECÓ, UNOCHAPECÓ/UNICURITIBA

Sumario: I. Introdução. II. A abordagem positiva. III. A abordagem doutrinária. IV. A abordagem jurisprudencial. V. Desdobramentos possíveis? VI. Notas conclusivas. VII. Referências bibliográficas.

I. Introdução

A recente incorporação da Convenção de Viena de 1980 (CISG) ao Direito brasileiro traz, novamente, a discussão sobre quais deveriam ser os critérios utilizados para a caracterização de um contrato como sendo internacional. Em termos normativos, por exemplo, convivem inúmeros instrumentos internacionais com diferentes conceitos acerca da internacionalidade de um contrato.

Tal problema nada tem de banal¹. Isso porque, deve-se atentar que a conceituação de um contrato como internacional (ou não) pode trazer uma série de complexidades normativas próprias de seu regime. Para resumir a questão podem-se mencionar três dessas principais consequências: (i) a CISG aplica-se apenas a contratos internacionais, considerando o regime obrigacional brasileiro, unificado pelo atual Código Civil, teríamos, a partir da definição da internacionalidade de um contrato, a incidência deste instrumento normativo ou daquela Convenção; (ii) ainda se discute a conveniência da adoção pela legislação brasileira, da plena liberdade de escolha do Direito aplicável aos contratos internacionais, eis uma segunda consequência relevante da distinção e (iii) a legislação arbitral brasileira, em seu art. 2º, embora ali não faça expressamente a distinção entre arbitragens internas e internacionais, poderia ser interpretada de uma ou outra forma a partir deste conceito internacional, vale dizer, é plenamente defensável sustentar que a escolha legislativa ali prevista se aplica apenas ao procedimento em casos de contratos interno (sob pena de fraude à lei).

A doutrina brasileira, por outro lado, não é menos pródiga em defini-los. Seria, no entanto, a jurisprudência mais uniforme? Este é o questionamento que se pretende responder neste breve artigo. Para tanto se elegeu um método: a pesquisa jurisprudencial localizada em um tribunal - o Superior Tribunal de Justiça - como foco de análise. A pesquisa, ainda, tentou ser a mais ampla possível, ou seja, foi realizada sem maiores condicionamentos ou restrições, inclusive temporais. Por fim acabou-se revelando a existência de menos de cinquenta casos que abordariam, ainda que indiretamente, a temática da internacionalidade do contrato².

¹ Casella, por exemplo, apontava na década de 1990 certo desinteresse pelas questões privadas internacionais privadas no Brasil. P. B. CASELLA, “Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos a contratos comerciais internacionais”, en: P.B. Casella, (coord.) *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, LTr, 1996, p. 95.

² A Pesquisa foi realizada no mês de agosto de 2012 e utilizou-se do verbete “contrato internacional”, justamente por sua amplitude. Não foram estabelecidos limites temporais e nenhuma outra restrição temática. Foram encontrados 48 (quarenta e oito) casos. Neste número estão incluídos, inclusive os casos de caráter

A partir destes casos buscou-se a identificação dos critérios que, historicamente, foram utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para considerar definida a existência de um contrato³ internacional. Tais critérios, uma vez confrontados com o posicionamento doutrinário e com o conjunto normativo brasileiro, fornecem rico cenário sobre o atual conceito acerca de uma possível compreensão do que venha a ser a internacionalidade do contrato. Note-se, no entanto, que esta conclusão é limitada: por questões próprias do comércio internacional, dela estão excluídos todos os casos que não chegam ao Judiciário brasileiro, seja por conta da existência de cláusulas arbitrais que prevejam sede estrangeira, seja por eventual outra forma de composição do conflito surgido, seja, ainda, aqueles casos que foram resolvidos definitivamente em instâncias inferiores.

¿Qual seria, então, a utilidade de tal estudo? Ora, em termos estritamente procedimentais, poder-se-ia argumentar que compete ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro não só homologar laudos arbitrais e sentenças estrangeiros (art. 105, I, “i” da Constituição da República), como uniformizar a interpretação dada a dispositivos infraconstitucionais pela jurisprudência brasileira, sejam eles tratados ou legislação federal (art. 105, III, “a” e “c” da Constituição da República).

Além disso, como se sabe, embora o Direito brasileiro não seja baseado no sistema de precedentes, o Superior Tribunal de Justiça tem, atualmente, assumido importante papel de “enunciador” de posicionamentos. Posicionamentos estes que, no mínimo, passam a ter “forte” vinculação técnica, seja por conta da posição hierárquica ocupada pelo tribunal na estrutura judiciária nacional, seja pela qualidade técnica de alguns de seus acórdãos.

Antes, contudo, de se buscar a compreensão jurisprudencial do tema e crítica de um eventual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, mister se faz situarmos-nos quanto aos critérios adotados pelo conjunto normativo a disposição do intérprete e o posicionamento da doutrina nacional sobre o assunto. Eis o que nos propomos a fazer na sequência.

II. A abordagem positiva

Como se destacou anteriormente, a conceituação do que venha a constituir o fenômeno contratual internacional ainda é bastante controversa. Parte da controvérsia pode ser imputada à diversidade de tratamento que tal conceito recebe quer pelos diferentes Tratados Internacionais, quer pela legislação interna de cada país. Em algum sentido, tal complexidade é fruto dos diferentes critérios adotados para se considerar um contrato como sendo internacional, inclusive naqueles instrumentos ratificados pelo Brasil.

Neste sentido podem ser destacadas duas tendências: (i) a de se considerar internacional o contrato cujas partes sejam domiciliadas ou tenham sede em Estados diversos. Como exemplos da primeira tendência, podemos citar: a) a Convenção das

tributário e que aqueles casos, normalmente de homologação de laudos arbitrais estrangeiros, que mencionavam a existência de um contrato base.

Nações Unidas sobre a Prescrição em Matéria de Compra e venda Internacional de Mercadorias de 14 de junho de 1974 de Nova York (art. 2º); b) a Convenção de Roma (1980) sobre escolha de lei aplicável aos contratos adota o critério da distinção de Estados (art. 1º). c) a Convenção de Genebra sobre representação na venda internacional de bens de 1983 (art. 2º); d) a Convenção de 1986 sobre Lei aplicável aos Contratos de venda internacional de mercadorias (art. 1º, a); e) a Convenção de Ottawa de 1988 sobre factoring internacional (art. 2º); f) Convenção das Nações Unidas sobre garantias independentes e stand by letters of credit (1995) (art. 4º); g) Convenção sobre cessão de crédito no comércio internacional (2004) (art. 3º); h) a Convenção de Nova York sobre o uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais (2005) que prevê o critério do local de negócio (*place of business*) em Estados distintos (art. 1º) e i) A Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de transporte internacional de mercadorias total ou parcialmente por mar (Roterdã 2008) que prevê sua aplicabilidade para os casos em que o local de embarque das mercadorias fica em Estado distinto daquele do destino (art. 5º); todas elas não ratificadas pelo Brasil.

Dentro os instrumentos internacionais com aplicação relevante para o Brasil, e que seguem esta tendência, deve-se destacar a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena 1980) que estabelece em seu art. 1º o critério do estabelecimento dos contratantes (em Estados diversos) para definição da internacionalidade do contrato. Essa internacionalidade, inclusive, é atestada como regra de interpretação do negócio (art. 7º).

(ii) a segunda tendência é a de se adotar um critério misto, ou seja, aliando-se o requisito de que sejam domiciliadas ou tenham sede em Estados diversos, além de uma conexão objetiva com outro país. Como exemplos desta segunda tendência, podemos citar: a) Já a Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V – México 1984), art. 1º, além do critério do estabelecimento, considera internacionais os contratos celebrados com “vinculação objetiva com mais de um Estado-parte”; b) A Convenção de Haia sobre cláusula de eleição de foro (2005) prevê a internacionalidade a partir dos distintos domicílios e conexão com Estados distintos (art. 1º).

Dentro os instrumentos internacionais com aplicação relevante para o Brasil, e que seguem esta tendência, deve-se destacar, no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Buenos Aires, recepcionado na legislação brasileira por meio do Decreto legislativo 129 de 5 de outubro de 1995, que prevê como contrato internacional aquele celebrado por partes que possuam domicílio em diferentes Estados-partes, além de possuir conexão razoável com algum dos países membros (art. 1º).

Pode-se, então, concluir que, não só ambas as tendências convivem em termos internacionais, como, igualmente, no Ordenamento jurídico brasileiro podemos encontrar exemplos de ambas.

Ainda, quando se fala de produção legislativa interna a mesma diversidade de critérios se apresenta. Um exemplo bastante interessante é o Decreto-lei 857/1969, brasileiro, que proíbe a contratação em moeda estrangeira. Dentre suas exceções constam os contratos internacionais (art. 2º). Wald entende, por exemplo, que para o referido Decreto, o contrato tornar-se-ia internacional (excluindo-se de sua proibição, portanto) em virtude de seu objeto, de suas partes ou de sua vinculação a outro negócio internacional: “os contratos internacionais tiveram sua conceituação ampliada para abranger as operações objetivamente internacionais (exportações, importações, financiamento e garantias de exportações, compra e venda de câmbio), as subjetivamente internacionais (nas quais uma das partes é residente ou domiciliada no exterior) e, finalmente, os contratos internacionais por acessoriedade (abrangentes da cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação dos contratos objetiva ou subjetivamente internacionais). Os contratos internacionais por acessoriedade ou equiparação legal são os contratos internos derivados de contratos internacionais”⁴.

Esta discussão, por si só, não é irrelevante, pois, no caso brasileiro, a internacionalidade de um contrato teria por efeito a discussão sobre qual o eventual Direito de sua regência, nos termos do Direito conflitual. A lei de introdução as normas do direito brasileiro, aparentemente, consagraria, também aqui, a noção territorial (art. 9º)⁵.

Ora, como se percebe, em termos puramente positivos há uma plêiade de critérios que podem, em um dado momento, se apresentar como aptos, em um mesmo ordenamento, para reger (e neste caso qualificar) um contrato como internacional.

III. A abordagem doutrinária

Se em termos positivos não se pode assegurar uma resposta definitiva, melhor compreender os contornos da problemática pelo viés doutrinário.

Segundo Pereira, a noção de contrato internacional poderia dar a falsa impressão da existência de contratos que escapariam da incidência da legislação nacional de um determinado país⁶. Admite, no entanto, que são fatos “anormais”, pois envolvem dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. Segundo o autor, ainda, o que tornaria um fato “normal” (contrato interno) em “anormal” (contrato internacional) seria, justamente, a presença de circunstância que colocaria o contrato em contato com sistemas jurídicos estrangeiros.

Essa mesma noção é retomada por Engelberg⁷, Araujo⁸, Strenger⁹ e Grebler¹⁰, que entendem que a internacionalidade do contrato estaria no potencial conflito de legislações a

⁴ A. WALD, 1985, p. 26. No mesmo sentido havia texto posterior: A. WALD, 1986, p. 32.

⁵ As recentes tentativas de alteração legislativa em nada alterariam a redação deste dispositivo, neste sentido vide o Projeto de Lei do Senado de nº243/2002 (arquivado).

⁶ J.E. A PEREIRA, “Contrato internacional do comércio”, *Revista de Direito Mercantil*, nº 74, abril/junho 1989, pp. 11-22.

⁷ E. ENGELBERG, *Contratos internacionais do comércio*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 20-21.

⁸ N. DE ARAUJO, *Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 312.

ele aplicáveis. Essas circunstâncias, definidas pelo Direito Internacional Privado como elementos de conexão, podem variar segundo critérios de legislação interna e que indicariam qual sistema jurídico é aplicável ao caso em concreto.

Em relação a essa discussão, LEE informa existirem dois posicionamentos teóricos acerca da internacionalidade do contrato: jurídico e econômico. A corrente jurídica, considera internacionais os contratos que possuam elemento de estraneidade, já econômica seria aquela que apresenta “fluxo e refluxo através das fronteiras”¹¹.

Como aponta Dolinger o critério estritamente econômico do “fluxo e refluxo”, baseado acórdão da Corte de Cassação Francesa datado de 1927 (*affaire Pélissier du Besset*)¹² é limitado vez que não abarca todas as possíveis operações internacionais (limitando-se aquelas de câmbio e compra e venda) não servindo como conceito básico para os contratos internacionais.

Basso, corroborando Lee, parece sintetizar essas duas tendências ao afirmar que o elemento estrangeiro “deve se revestir de uma certa importância, e esta estraneidade deve ser apreciada em relação à ordem jurídica que examina o contrato.”¹³ Desta forma, não bastaria um elemento estrangeiro para caracterizar um contrato como internacional, antes seria indispensável o preenchimento de “critério jurídico (produção de feitos de direito em mais de uma ordem jurídica autônoma ao mesmo tempo), apresenta o critério econômico (fluxo e refluxo sobre as fronteiras com consequências significativas para mais de um país)”¹⁴.

Baptista, por outro lado, oferece interessante abordagem do tema: além dos critérios econômico e jurídico, conviria a adoção de um conceito “ecletico ou realista”¹⁵, especialmente diante da estreiteza das fórmulas convencionais e legais. Um exemplo dessa abordagem seria o mesmo decreto-lei 857/1969 anteriormente citado¹⁶. Sua opinião destaca, então, não apenas os elementos jurídicos (elemento de estraneidade) e o componente econômico da operação, mas a relevância desempenhada por cada um desse no negócio, inclusive para casos de maior complexidade como grupos de contrato (não

⁹ I. STRENGER, *Contratos internacionais do comércio*, 4ª ed., São Paulo, L.Tr., 2003, pp. 34-35.

¹⁰ E. GREBLER, “O contrato internacional no Direito de empresa”, *Revista de Direito Mercantil*, nº 85, São Paulo, RT, 1992, pp. 23-24.

¹¹ J.B. LEE, “Lei 9.307 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional”, em: L.O. Pimentel/ M.G. dos Reis, *Direito Comercial Internacional: Arbitragem*, Florianópolis, OAB/SC, 2002, pp. 39-41.

¹² J. DOLINGER, *Direito Internacional Privado: Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*, vol. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 224.

¹³ M. BASSO, “Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, nº 77, São Paulo, RT, 1996, p. 62.

¹⁴ M. BASSO (nota12), p.63.

¹⁵ L.O. BAPTISTA, *Contratos internacionais*, Lex magister, 2011, p.26.

¹⁶ L.O. BAPTISTA (nota 14), p. 28.

sendo analisados de forma isolada)¹⁷. No mesmo sentido, citando expressamente Baptista, podem ser mencionados Cretella Neto¹⁸ e Cárinio¹⁹.

Aparentemente o posicionamento esboçado por Baptista tem, ainda, uma outra potencial vantagem teórica, melhor esclarece o fato de os contratos internacionais serem mais que simples arrolamentos de direitos e deveres, mas verdadeiros processos, dinâmicos por essência, visando à consecução de um determinado objetivo²⁰.

Ultrapassadas as duas fases preliminares, ou seja, a tentativa de se entender como o ordenamento brasileiro lida com o conceito de contrato internacional e, na sequência, como a doutrina explica este tratamento, convém perquirir o entendimento jurisprudencial sobre a temática.

IV. A abordagem jurisprudencial

Em primeiro lugar convém destacar que a pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça levou em consideração o termo “contrato internacional”, sem qualquer limitação temporal. Foram localizados perto de cinquenta acórdãos que mencionavam os referidos termos. Uma análise mais de seus respectivos conteúdo, contudo, revelou que a maior parte deles ou se referia (i) a citações de precedentes que mencionavam o termo, (ii) a discussões tributárias ou, ainda, (iii) a menção da existência de um contrato de que dava suporte a existência de cláusula arbitral em procedimento de homologação de laudo.

Desta forma, portanto, daquele universo relativamente amplo, acabou-se revelando a existência de poucos casos em que realmente se discutia a natureza internacional do um determinado contrato. Destacaremos, então, apenas estes poucos casos em que a internacionalidade do contrato foi, de alguma forma, determinante para o resultado do julgamento.

Dos casos encontrados em que houve, em algum nível de argumentação, a menção sobre a internacionalidade do contrato, foram adotados, pelo Superior Tribunal de Justiça, os seguintes critérios definidores: (a) local de execução ser um país estrangeiro²¹; (b) local de celebração e do foro²²; (c) local de celebração e nacionalidade das partes²³; (d) local de celebração, nacionalidade das partes, língua e legislação aplicável²⁴.

¹⁷ L.O. BAPTISTA (nota 14), p. 29.

¹⁸ J. CRETELLA NETO, *Contratos internacionais: cláusulas típicas*, Campinas, Millennium, 2011, p. 22.

¹⁹ T.C. CÁRNIO, *Contratos internacionais: teoria e prática*, São Paulo, Atlas, 2009, pp. 12-13.

²⁰ MASKOW, DIETRICH, “Hardship and force majeure”, *AJCL*, n° 3, *Berkeley: The American Society of Comparative Law*, 1992, p. 660.

²¹ Superior Tribunal de Justiça de Brasil, 13/04/2010, Recurso Especial n. 1.177.915, Terceira Turma, Relator Min. Vasco Della Giustina, “*Fórmula F3 Brazil S/A versus Ducati Motors Holding Spa*”.

²² Superior Tribunal de Justiça de Brasil, 21/03/2007, Sentença Estrangeira Contestada n. 349, Corte Especial, Relatora Min. “*Eliana Calmon. Mitsubishi Electric Corporation versus Evadin Indústria Amazônia S/A*”.

²³ Superior Tribunal de Justiça de Brasil, 18/08/2005, Recurso Especial n° 712.566, Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, “*Espar Representações e Conta Própria Ltda. versus Wilhelm Fette GmbH*”.

²⁴ Superior Tribunal de Justiça de Brasil, 06/05/2003, Recurso Especial n° 238.174. Terceira Turma, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, “*Campari do Brasil Ltda versus Distillerie Stock do Brasil Ltda*”.

Mencione-se, ainda, um caso²⁵ em que ocorre a menção da internacionalidade contrato na ementa do acórdão, sem que tenha havido discussão sobre sua natureza no acórdão. Neste caso, contudo, este reconhecimento foi relevante para o julgamento: viabilidade de obrigação de pagamento em moeda estrangeira, uma vez que o credor tem sede em país estrangeiro (exceção prevista no art. 2º do Decreto-lei 857/1969).

Por fim, destaque deve ser dado a acórdão em que, efetivamente, há descrição detalhada dos motivos que levaram a turma a aceitar a internacionalidade do contrato: “não são apenas fatores geográficos ou relativos ao domicílio das partes que o caracterizam como contrato internacional, em oposição aos contratos internos, mas, sobretudo, a finalidade do contrato, ou seja, o transporte marítimo de país a país, portanto, transnacional, atividade econômica de apoio, principalmente, aos contratos de compra e venda entre pessoas de nacionalidades diversas, sujeitas a sistemas jurídicos distintos, que acabam por vincular-se pela vontade das partes”²⁶.

Dos poucos casos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, e que puderem atender os critérios estabelecidos para esta pesquisa, parece possível concluir que não há qualquer tipo de uniformidade de critérios na definição da internacionalidade de um contrato.

Embora algumas noções (nacionalidade/sede/domicílio) apareçam em mais de um caso, outros critérios (o jurídico, por exemplo) apontados pela doutrina são mencionados em raríssimos casos. Aparentemente, portanto, não haveria diálogo estreito, neste tópico, entre essas duas fontes do Direito brasileiro.

Deve-se atentar, contudo, que, embora fenômenos distintos, a ausência da definição precisa da internacionalidade de um contrato não impediu a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de buscar elementos próprios daqueles para a solução de controvérsias típicas de negócios internos²⁷. É a este interessante e possível desdobramento que se dedica o próximo tópico do presente artigo.

V. ¿Desdobramentos possíveis?

Um possível desdobramento da discussão sobre o conceito de internacionalidade do contrato é sua nítida distinção do que venha a ser a chamada “internacionalização” do contrato.

²⁵ Superior Tribunal de Justiça de Brasil, 03/05/2011, Recurso Especial nº 857.299, Terceira Turma, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, “*Tractebel Energia S/A versus ELC – Electroconsult SPA*”.

²⁶ Superior Tribunal de Justiça de Brasil, 24/04/1990, Recurso Especial nº 616, Terceira Turma, Relator Min., “*Cláudio Santos. Cia. De Navegação Lloyd Brasileiro e outros versus A.S. Ivarans Rederi*”.

²⁷ No caso específico dos INCOTERMS, recomenda-se a leitura de F.E.Z. GLITZ, “Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira”, en: E. Cortiano Junior, et. al. (coords.), *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 111-139.

Tradicionalmente, a aproximação de sistemas jurídicos pode se dar pelo “transplante” ou importação do sistema (típico em sociedades coloniais); por formas mais cooperativas como a harmonização, ou seja, a mencionada negociação de termos que aproximem os conceitos fundamentais do sistema normativo em questão e a unificação, em lugar da aproximação, a negociação envolve a assunção de um sistema único por ambos os países negociadores. Também existem, contudo, formas menos “tradicionais”, sejam elas originárias da *hard law*²⁸ ou da *soft law*²⁹.

Uma dessas formas não ortodoxas de aproximação entre distintos sistemas jurídicos é a chamada aculturação. Seu conteúdo, contudo, ainda é impreciso e, certamente, reflete inúmeras tendências e práticas. Ela poderia ser exemplificada por situações que iriam desde a “inspiração jurídica” típica de ex-metrópoles sobre suas colônias³⁰, passando pela “influência” de países soberanos sobre outros³¹ ou mesmo de textos normativos internacionais sobre o Direito interno de países soberanos³².

Embora estas distintas formas de “importação jurídica” sejam tratadas em conjunto como um único “fenômeno”, o processo de recepção do direito estrangeiro é

²⁸ “Hard law consists of international conventions, national statutory law and regional or international customary law. Only a small proportion of hard law rules will be of mandatory nature and they will normally be national legal system specific. Their “hardness” is due to the fact that when parties make an effective choice of substantive law they will have to take the law as they find it; they cannot modify it, but they may amend it with their contractual stipulations”, L. MISTELIS, “Is harmonisation a necessary evil?”, en: *The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law*. Disponível em: http://www.jus.uio.no/pace/is_harmonisation_a_necessary_evil.louka_mistel/sisu_manifest.html, acesso 19/10/2011. Tradução livre: A *Hard law* consiste nas Convenções internacionais, legislação doméstica e Direito costumeiro internacional ou regional. Apenas uma pequena fração dessas regras será de natureza cogente, obedecendo às especificidades domésticas. A sua “dureza” é devida ao fato de que, quando as partes escolhem uma determinada legislação, elas terão que as adotar tal como as encontrarem, não podendo modifica-las, mas apenas emenda-las com disposições contratuais.

²⁹ “Soft law consists of provisions embodied in model laws (but not incorporated in the national law), principles to be found in legal guides, and in scholarly restatements of international commercial law. Contractual stipulations agreed upon by the parties which do not conflict with relevant mandatory rules or public policy principles also belong to soft law. All these rules and principles are not legally binding and enforceable unless the parties to a commercial transaction decide otherwise”. (Idem), Tradução livre: A *soft law* consiste em disposições estabelecidas em legislação-modelo (mas não ainda incorporadas ao Direito nacional), princípios localizados em guias jurídicos, e compilações doutrinárias do Direito comercial internacional. Condições contratuais aceitas pelas partes mas, que não confrontem disposições mandatórias ou ordem pública também a compõem. Todas essas regras e princípios não são obrigatórios nem exigíveis, salvo se as partes de um contrato comercial decidirem em contrário.

³⁰ Como no caso do Direito francês sobre a legislação contratual libanesa. Ver: S. CABRILLAC/ Y. ZEIN, “L’acculturation en Droit des affaires libanais: le cas du droit des contrats”, en: J-L., Navarro/ G. Lefebvre (dirs.), *L’acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 649, ou do direito francês sobre a legislação québécois, B. LEFEBVRE, “L’évolution de la Justice Contractuelle en Droit Québécois: Une influence marquée du Droit Français quoique non exclusive”, en: J-L., Navarro/ G. Lefebvre (dirs.) (nota 29), pp. 196-219.

³¹ Como o caso do Direito americano sobre o Direito francês. L. GUINARD, “Justice contractuelle: influence du droit américain?”, en: J-L., Navarro/ G. Lefebvre (dirs.) (nota 29), pp. 183-195.

³² Como o caso da CISG sobre o Direito québécois, W. DROSS, “L’acculturation en matière de vente: l’influence de la CVIM sur la vente interne”, en: J-L., Navarro/ G. Lefebvre (dirs.) (nota 29), pp. 143-182, das Convenções sobre transporte internacional sobre o Direito francês, I. BON-GARCIN, “L’acculturation en matière de contrat de transport de marchandises par route: l’influence de la CMR sur le contrat de transport national” en: J-L., Navarro/ G. Lefebvre (dirs.) (nota 29), pp. 221-239, e da venda documentária internacional sobre o Direito canadense. G. LEFEBVRE, “L’acculturation en droit des affaires québécois: le cas de la vente documentaire internationale” en: J-L., Navarro/ G. Lefebvre (dirs.) (nota 29), pp. 241-291.

complexo que não pode ser reduzido a um único modelo, nem é o Estado o seu único agente³³. Alguns exemplos privados podem ser citados: a adaptação dos INCOTERMS à necessidade nacional³⁴, a importação da técnica negocial de redação de instrumentos contratuais e a importação de modelos econômicos de contratos (*leasing*, *factoring*, etc.).

Segundo Fauvarque-Cosson a internacionalização do Direito seria fenômeno relacionado à globalização. Ela seria incentivada pelo incremento da mobilidade dos indivíduos, a criação de organizações internacionais e suas atividades³⁵. A questão chave que surgiria, portanto, seria qual a consequência desse fenômeno para os diferentes sistemas legais nacionais, desafio posto, principalmente, pela multiplicação das fontes normativas³⁶, nacionais, internacionais, privadas e públicas.

Segundo Delmas-Marty, atualmente, não se poderia mais afirmar Estado como único produtor normativo, o cenário global não só revelaria que a produção jurídica se internacionalizou, como se descentralizou e se privatizaria³⁷. Assim, não só passa a ser possível se buscar fundamento normativo alhures, como ele não depende, necessariamente, do consenso dos Estados. Esse processo acaba por valorizar não só a fontes de Direito não escritas, mas igualmente aquelas fontes internacionais e jurisprudenciais³⁸. Em algum sentido, os próprios Direitos Humanos poderiam ser elencados como exemplos deste tipo de processo internacionalizante que a incorporação de normas estrangeiras ou não nacionais³⁹. Outro exemplo plausível é a construção teórica da chamada *Lex Mercatoria*⁴⁰.

Em termos contratuais, segundo Lorenzetti a própria globalização teria harmonizado certas concepções, conciliando as diferenças nacionais⁴¹. Também não se pode dizer que seja fenômeno restrito a alguns países, Waincymer, por exemplo, relata a “internacionalização” do Direito empresarial australiano que estaria, hoje, altamente influenciado e dependente das iniciativas internacionais⁴² e cujo Judiciário estaria condicionado à utilização de argumentação internacional⁴³.

³³ W. TWINING, “Diffusion of Law: a global perspective”, *Journal of legal pluralism*, nº 49, 2004, pp. 34-35.

³⁴ F.E.Z. GLITZ, “Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira”, em: E. Cortiano Junior; et. al. (coords.) (nota 26), pp. 111-139.

³⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, “Towards a Renewed Universalism in Law”, *Diogenes*, nº 219, SAGE, 2008, p. 56. No mesmo sentido se manifesta: P.A. FORGIONI, *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo, RT, 2009, pp. 131-132.

³⁶ B. FAUVARQUE-COSSON (nota 34), p. 56.

³⁷ M. DELMAS-MARTY, *Por um direito comum*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, pp. 45-59.

³⁸ M. DELMAS-MARTY (nota 36), p. 88.

³⁹ K. BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, pp. 88-89.

⁴⁰ Sobre seu conceito, extensão e fontes sugere-se a leitura de F.E.Z. GLITZ, *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria*, São Paulo, Clássica, 2012, disponível em: http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalhe/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria

⁴¹ R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos: parte general*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 29-30.

⁴² J. WAINCYMER, “The internationalisation of Australia’s Trade laws”, *Sydney Law Review*, vol. 17, 1995, p. 335.

⁴³ J. WAINCYMER (nota 41), pp. 303-306.

No mesmo sentido, cite-se Orrego Vicuña quando sustenta que cada vez menos transações possam ser consideradas exclusivamente domésticas ou nacionais⁴⁴. Para este processo contribuem, por certo, de uniformização legislativa (a própria Convenção de Viena de 1980 seria um exemplo), harmonização legislativa (por exemplo, as diversas leis modelos da UNCITRAL) e a legislação comunitária.

Embora a internacionalização não se confunda com nenhum desses processos “legislativos”, ela poderia ser descrita como um processo de “osmose invertida”⁴⁵, ou seja, o meio de maior concentração normativa por excelência (nacional) demanda mais e variadas soluções jurídicas que são transpostas do meio de menor concentração normativa (internacional), essencialmente criativo e flexível em matéria contratual.

Quando se define a possibilidade de internacionalização de normas contratuais ao ponto de elas virem a fazer parte do conjunto de fontes obrigacionais de um contrato interno, em parte, se defende a aplicação de normas de distintas fontes (que não necessariamente a nacional) por juízes nacionais, ou não, por meio do chamado “Direito transnacional”⁴⁶. A forma, contudo, como a internacionalização ocorre, suas relações com a cultura jurídica e os costumes locais são diversos e não apenas um *bottom-top process*. Este, contudo, é outro problema que merece outro espaço de reflexão⁴⁷.

VI. Notas conclusivas

A proposta inicial do presente trabalho era identificar, precisamente, quais os critérios adotados pelo Direito brasileiro para a definição da internacionalidade de um contrato. Este objetivo, aparentemente, se viu frustrado em todos os três níveis experimentados: positivo, doutrinário e jurisprudencial.

Embora alguns destes resultados fossem esperados, especialmente em nível positivo, a aparente falta de diálogo entre as duas outras fontes desta pesquisa causou surpresa.

Também poderia ser objeto de eventual crítica a inexistência de um conceito jurisprudencial firme do que venha a ser um contrato internacional. Disto, contudo, ousamos divergir. Desconfiamos da certeza conceitual que reflete o orgulho teórico, mas que nem sempre é capaz de abarcar a dinâmica negocial.

⁴⁴ F. ORREGO VICUÑA, “Of contracts and treaties in the Global market”, *Max Planck University of New York in Belgrade*, vol. 8, 2004, p. 343.

⁴⁵ F.E.Z. GLITZ, *Contrato, globalização e lex mercatoria*, São Paulo, Clássica, 2012, p. 67.

⁴⁶ “O Direito Transnacional inclui então tanto o aspecto cível quanto o criminal, inclui o que conhecemos como Direito Internacional Público e privado, e inclui o Direito nacional, tanto público como privado. Não há razão por que o tribunal judicial, seja nacional ou internacional, não devesse ser autorizado a escolher dentre todos estes corpos legais a regra considerada mais de acordo com a razão e a justiça para a solução de qualquer controvérsia particular”, P.C. JESSUP, *Direito transnacional*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, p. 87.

⁴⁷ F.E.Z. GLITZ (nota 44), p.67.

O contrato, instrumento e reflexo de uma operação econômica, é mais rico que a fórmula que o pretende descrever. Quando o fenômeno transborda as fronteiras soberanas de um Estado, então é que seus limites passam a ser menos evidentes.

Eis uma riqueza que o Judiciário brasileiro parece estar observando nos contratos internacionais, sua capacidade de influenciar os negócios internos, condicionando-lhes as possibilidades advindas de fontes plurais.

Quem saiba o verdadeiro conceito da internacionalidade do contrato não esteja, justamente, na internacionalização de suas fontes. Este é um debate que, no Brasil, está apenas para começar.

VII. Referências bibliográficas

- ARAÚJO DE, N., *Direito Internacional privado: teoria e prática brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BAPTISTA, L.O., *Contratos internacionais*, Lex magister, 2011.
- BASSO, M., “Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional”, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, nº 77, São Paulo, RT, Julho/Setembro 1996.
- BENYekhlef, K., *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.
- BON-GARCIN, I., “L’acculturation en matière de contrat de transport de marchandises par route: l’influence de la CMR sur le contrat de transport national”, en : Navarro, J-L.; Lefebvre, G. (dir.). *L’acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005.
- CABRILLAC, SEVERINE; ZEIN, YOUNNA. “L’acculturation en Droit des affaires libanais: le cas du droit des contrats”, en : Navarro, J-L.; Lefebvre, G. (dir.). *L’acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005.
- CÁRNIO, THAÍS CÍNTIA. *Contratos internacionais: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASELLA, P.B., “Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos a contratos comerciais internacionais”, en: CASELLA, P.B., (coord.), *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*, São Paulo, LTr, 1996.
- CRETELLA NETO, J., *Contratos internacionais do Comércio*, Campinas, Millennium, 2010.
- CRETELLA NETO, J., *Contratos internacionais: cláusulas típicas*, Campinas, Millennium, 2011.
- DELMAS-MARTY, M., *Por um direito comum*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- DROSS, W., “L’acculturation en matière de vente: l’influence de la CVIM sur la vente interne”, en : Navarro, J-L.; Lefebvre, G. (dir.). *L’acculturation en droit des affaires*. Montréal: Éditions Thémis, 2005.
- ENGELBERG, E., *Contratos internacionais do comércio*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- FAUVARQUE-COSSON, B., “Towards a Renewed Universalism in Law”, *Diogenes*, nº 219, 2008.

- FORGIONI, P.A., *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo, RT, 2009.
- GLITZ, F.E.Z., *Contrato, globalização e lex mercatoria*, São Paulo, Clássica, 2012.
- GLITZ, F.E.Z., “Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira”, en: Cortiano Junior, E., et al. (coords.). *Apontamentos críticos para o Direito civil brasileiro contemporâneo II - Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico*, Curitiba, Juruá, 2009.
- GREBLER, E., “O contrato internacional no Direito de empresa”, *Revista de Direito Mercantil*, nº 85. São Paulo, RT, janeiro/março 1992.
- GUIGNARD, L., “Justice contractuelle: influence du droit américain?”, en: Navarro, J-L. / Lefebvre, G. (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montreal, Éditions Thémis, 2005.
- JESSUP, P.C., *Direito transnacional*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965.
- LEE, J.B., “Lei 9.307 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional”, en: L.O. Pimentel/ M.G. Dos Reis, *Direito Comercial Internacional: Arbitragem*, Florianópolis, OAB/SC, 2002.
- LEFEBVRE, G., L'évolution de la Justice Contractuelle en Droit Québécois: Une influence marquée du Droit Français quoique non exclusive, en: Navarro, J-L. / Lefebvre, G. (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, montreal, Éditions Thémis, 2005.
- LEFEBVRE, G., “L'acculturation en droit des affaires québécois: le cas de la vente documentaire internationale”, en: Navarro, J-L. / Lefebvre, G. (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montreal, Éditions Thémis, 2005.
- LORENZETTI, R.L., *Tratado de los contratos: parte general*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MASKOW, D., “Hardship and force majeure”, *AJCL*, nº3, 1992.
- MISTELIS, L., “Is harmonisation a necessary evil?”, en: *The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law*. Disponível em: www.jus.uio.no/pace/is_harmonisation_a_necessary_evil.louka_mistelis/sisu_manifest.html
- MURTA, R., *Princípios e contratos em comércio exterior*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- ORREGO VICUÑA, F., “Of contracts and treaties in the Global market”, *Max Planck University of New York in Belgrade*, vol. 8, 2004, p. 341-357.
- PEREIRA, J.E.A. “Contrato internacional do comércio”, *Revista de Direito Mercantil*, nº 74, São Paulo, RT, 1989.
- STRENGER, I., *Contratos internacionais do comércio*, 4º ed, São Paulo, LTR, 2003.
- TWINING, W., “Diffusion of Law: a global perspective”, *Journal of Legal Pluralism*, nº 49, 2004.
- WAINCYMER, J., “The internationalisation of australia's trade laws”, *Sydney Law Review*, vol. 17, 1995.

Cross-border Civil Litigation for Environmental Damages Committed Abroad by Multinational Corporations: The *Dutch Shell Nigeria* Case

Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ*

Resumen

Existe un aumento en los casos de daños al medio ambiente y de derechos humanos cometidos por las empresas multinacionales (EMN) en los países en desarrollo. La falta de recursos y mecanismos efectivos en el Derecho internacional ha dotado a las multinacionales de impunidad con el fin de llevar a cabo sus actividades económicas. Por tanto, las víctimas optan por el litigio civil contra las empresas multinacionales que ha demostrado ser la vía más eficiente para la reparación. Por otra parte, de acuerdo con una nueva tendencia internacional, las víctimas recurren a los tribunales del Estado donde las empresas multinacionales tienen su sede. Esta situación ha tenido lugar en los Países Bajos, donde una demanda civil por contaminación al medio ambiente en un tercer país ha sido interpuesta ante los tribunales nacionales; el conocido caso “*Dutch Shell Nigeria*”. El objetivo principal de este trabajo es la jurisdicción civil holandesa - que ha proporcionado a las víctimas en el extranjero un foro para acceder a la justicia - y sus ventajas en los litigios transnacionales. El análisis se abordará a través del caso “*Akpan vs Shell*”.

Abstract

There is an increase of instances of massive environmental damage and human rights violations committed by Multinational Corporations (MNCs) in developing countries. The lack of effective remedies and redress in international law has endowed MNCs with complete impunity in order to carry out its economic activities. Hence, victims opt for civil litigation against MNCs, which has proven most effective in providing redress. Moreover, according to a new international trend, victims resort to courts of the State where MNCs have their headquarters. This backdrop has taken place in the Netherlands, where a civil claim for environmental pollution committed abroad have been brought before its domestic courts; the well-known “*Dutch Shell Nigeria*” case. The primary focus of this paper is the Dutch civil jurisdiction - which has provided victims abroad a forum to access to justice - and its advantages in transnational litigation. The analysis will be addressed through the “*Akpan vs. Shell* case”.

Registro bibliográfico

IGLESIAS MARQUÉZ, Daniel, “Cross-border Civil Litigation for Environmental Damages Committed Abroad by Multinational Corporations. The Dutch Shell Nigeria Case”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp. 93-113.

Descriptores / describers

- Environmental liability, Multinational Corporations, Cross-border Litigation, Environmental Damage, Human Rights.
- Responsabilidad ambiental, Empresas transnacionales, Litigio transnacional, Daños ambiental, Derechos humanos.

* PhD student at the Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Spain and a Research Fellow at the Department of Public Law of the Rovira i Virgili University. This research was carried out during the research stay at the Centre for Transboundary Legal Development (CTLD) of Tilburg University, under the supervision of Dr. Jonathan Verschuuren, Professor of International and European Environmental Law

Summary: I. Introduction. II. Shell in Nigeria. Background of Humans Rights Violations and Environmental Degradation. III. Redress for Environmental Damage in Host States. Shell Nigeria Case. 1. Seeking Redress before Nigerian Courts. IV. Access to Justice in Home States. Civil Liability in the Netherlands for Environmental Damages Committed abroad. 1. The Dutch Civil Jurisdiction to Bring Claims for Environmental Damages. A) Judicial Competence. B) Applicable Law. C) Remarkable Considerations in the Final Judgment of the Dutch Shell Nigeria Case. V. Final Considerations.

I. Introduction

Through the globalization the number of Multinational Corporations (hereinafter referred as MNCs) has increased worldwide. According to UNCTAD, there are 82,000 parent companies and 810,000 foreign affiliates all over the world. It is worth to mention that 85 per cent of the largest companies are based in the United States, the European Union and Japan¹. Likewise, MNCs have acquired such economic power and political influence that they are in the position to influence significantly the national and international economic scope². MNCs have become, at least or even more powerful as some States. In this sense, GATTO points out that “The economic power of MNEs has been strengthened by the process of globalization”³. Moreover, globalization allows the relocation of their industrial activities worldwide. The most remarkable trend is from North to South, seeking more favorable environments with lower environmental standards, lower costs (wages and social security), little enforcement capacities, spheres of corruption for the development of its economic activities⁴. Concerning the environmental regulation, the “*Pollution Haven Hypothesis*” predicts empirically that “when the trade barriers are reduced, pollution-intensive industries will shift from countries with stringent environmental regulation to countries with lax environmental regulation”⁵. Regarding the above mentioned, Weschka stands out the following: “This significant economic power combined with their ability to choose globally the State with the most advantageous conditions for setting up business, which will very often include the lowest labor costs and the laxest rules for the protection

¹ UNITED NATION CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD), *World Investment Report 2009: Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, Geneva, United Nations Publications, 2009.

² D. KINLEY / S. JOSEPH, “Multinational Corporations and Human Rights. Questions about their Relationship”, *Alternative Law Journal*, 2002, pp. 7-11.

³ A. GATTO, *Multinational Enterprises and Human Rights. Obligations under EU Law and International Law*, Massachusetts, Edward Elgar, 2011.

⁴ S. BORRÁS PENTINAT / I. VILASECA BOIXAREU, “Los conflictos ambientales causados por empresas transnacionales: realidades y retos jurídicos Internacionales” in: R. Soares Stersi Dos Santos / D. Annoni (coord.), *Cooperação e conflitos Internacionais: Globalização, Regionalismo e Atores*, 2014, Curitiba, Multideia, pp. 137 ss.

⁵ M. SCOTT TAYLOR, “Unbundling the Pollution Haven Hypothesis”, *Advances in Economic Analysis & Policy*, 2004, pp. 1-26.

of the environment, conveys substantial bargaining power to MNEs, especially with regard to developing countries”⁶.

At the same time, the displacement of industrial activities towards developing countries, as a *modus operandi*, sometimes involves gross human rights violations and environmental degradation, with specific attention to the extractive industries as mining, oil and other energy resources such as gas or coal.⁷ Many cases can be cited where a MNC is involved in environmental abuses, e.g. Chevron/Texaco in Ecuador, Union Carbide Plant in Bhopal, Rio Tinto in Bourgainville, Trafigura in Ivory Coast and, particularly the case study, Shell in Nigeria⁸. Despite this, environmental international law does not provide redress for victims of environmental destruction committed by MNCs. International environmental treaties are addressed to State parties, but do not impose obligations directly upon corporations. However, laws in each State tend to provide victims with legal avenues (civil, criminal or administrative) in order to redress for environmental damages. Among the legal avenues, the civil law has proven most effective in providing redress. Nevertheless, the effectiveness depends on the institutional strength, capacity and independence of the national judiciaries⁹.

At first instance, victims, in seeking of redress for environmental damage, resort to courts where damages occurred (*forum delicti commissi*), but the situation of institutional weakness of domestic judiciaries has led in some cases to regard other jurisdictions, especially those where the MNCs have their headquarters. In this trend of holding MNCs liable in their home States, four Nigerians citizens joined by *Milieudefensie* brought claims against four legal persons of Shell with headquarters in The Hague for severe environmental pollution in Nigeria before the Dutch district court. Van Der Heijden highlights that this case is “the first Dutch civil case that has been brought to the transnational’s home State courts for alleged overseas’ human rights abuses committed in Nigeria”¹⁰. This case has become a precedent for cross-border litigation against MNCs for gross human rights violations and environmental damage due to “the Dutch court rendered a remarkable judgment that shows the way forward in attempts to hold multinational corporations accountable for environmental harms and human rights abuses committed abroad”¹¹. This paper attempt to describe which possibilities the Dutch civil law offers for

⁶ M. WESCHKA, “Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad?”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2006, pp. 625–661.

⁷ S. BORRÁS PENTINAT / I. VILASECA BOIXAREU (note 4), p. 144.

⁸ See further, A. PIGRAU / S. BORRÁS / J. JARIA / A. CARDESA-SALZMANN, *Legal Tools for EJOs to Claim Liability for Severe Environmental Harm*. 2012, EJOLT Report n° 4 (1 April 1, 2014), available at: http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2012/08/120731_EJOLT-4-High.pdf.

⁹ A. PIGRAU / S. BORRÁS / J. JARIA / A. CARDESA-SALZMANN “The Interplay of National, Transnational and International Litigation for Environmental Justice: Seeking Effective Means of Redress for Grave Environmental Damage”, *ISEE Conference 2012 -Ecological Economics and Rio+20: Challenges and Contributions for a Green Economy*, Rio de Janeiro (Brazil).

¹⁰ M.J. VAN DER HEIJDEN, *Transnational Corporations and Human Rights Liabilities. Linking Standards of International Public Law to National Civil Litigation Procedures*, Antwerp, Intersentia, 2012.

¹¹ N. JÄGERS / K. JESSE / J. VERSCHUUREN, “The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case against Shell”, *AJIL*, 2013, pp. 36-41.

victims of Dutch corporate's abuses committed abroad (e.g. Nigeria) in order to be redressed for the damage suffered. The research methodology used to this paper was the case study methodology, examining the *Dutch Shell Nigeria* case and explaining the difficulties to access the judicial mechanisms in Nigeria where the damages have taken place.

II. Shell in Nigeria. Background of Humans Rights Violations and Environmental Degradation

Before getting into the substance of the paper, it is essential to set up a brief background in the *Dutch Shell Nigeria* case, which fits within the context above drawn. It is pertinent to highlight that Nigeria is the largest oil producer in sub-Saharan Africa, with an estimated production volume of 2.7 million barrel/day. This makes it the world's sixth largest producer¹². The Niger Delta region produces immense oil wealth and has become the engine of Nigeria's economy¹³. The company Royal Dutch-Shell has been extracting oil in the Niger Delta region since 1957. Currently, Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC) is the operator of a joint venture agreement involving the Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC), which owns 55 percent, Shell (30%), Elf Petroleum Nigeria Ltd. (10%) and Agip Nigeria Plc. (5%) and occupies over 30,000 square kilometers. Over the course of several decades, the MNC has been accused of gross human rights violation and has received international attention mainly because of three reasons: (1) it is the biggest oil producer in Nigeria, (2) Shell's facilities are largely onshore, in or near inhabited areas and thus exposed to community and, (3) the company has been accused of complicity in the alleged genocide of the Ogoni people.¹⁴

Nevertheless, the company together with the Government of Nigeria has responded all the attempts to obtain compensation by local communities. The most significant violent repression was against the Ogoni people during the nineties decade; in 1994, several members of Movement for the Survival of the Ogoni People (MOSOP)¹⁵ were arrested and after a trial characterized by the violation of several international standards of due process, the members of MOSOP- including the MOSOP's leader Ken Saro-Wiwa- were hanged by the military government¹⁶.

¹² G. WURTHMANN, "Ways of Using the African Oil Boom for Sustainable Development", *Economic Research Working Paper*, 2006, pp. 1-19.

¹³ UNDP, "Niger Delta Human Development Report", 02/04/2014, available at: http://web.ng.undp.org/reports/nigeria_hdr_report.pdf.

¹⁴ HRW, "The Price of Oil: Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria's Oil Producing Communities," 02/04/2014, available at: <http://www.hrw.org/reports/1999/nigeria/nigeria0199.pdf>.

¹⁵ The Movement for the Survival of the Ogoni People is a campaigning organization led by Ken Saro-Wiwa in order to protest at the policies of the federal government in relation to the oil wealth, and at the activities of Shell. The political movement mobilized more than tens of thousands of Ogonis. See further, HRW (note 14), p. 9.

¹⁶ HRW (note 14), p. 9.

In addition to this harassment of the Ogoni people, the environmental impact of extractive operations, particularly those of Shell that have affected the environment in a serious and irreversible manner. According to IUCN, Niger Delta is one of the 5 most oil polluted environments in the world due to the amount of oil spilled over 50 years that has been between a minimum of 9-13 million barrels¹⁷; moreover, the pollution is caused by disposal of waste and gas flaring. The publication “*Nigeria: Petroleum, Pollution and Poverty in The Niger Delta*” carried out by Amnesty International (AI) reported the oil spills’ impacts on human rights in the Niger Delta region. The NGO highlights, *inter alia*, how water pollution breaches the fundamental right to water due to the affectation of water’s uses, e.g. drinking, bathing, fishing, harvesting, and fermenting cassava. Likewise, AI remarks breaches of the right to health, right to food, right to work and right to an adequate standard of living and right to a healthy environment¹⁸, as a result of the damage caused by extractive activities; in addition, the region remains one of the poorest, with a low level of social and economic development and environmentally degraded¹⁹.

III. Redress for Environmental Damage in Host States. Shell Nigeria Case

“In theory [...], the most obvious legal avenue to seek redress in cases of environmental damage and related human rights violations is recourse to the *forum delicti commissi*, ie the domestic courts of the State in which harm was inflicted. Laws in each State tend to provide affected individuals and groups standing before the government agencies responsible for authorising and overseeing the activities causing the damages. Should this first avenue not settle the issue, recourse is possible before administrative, civil, or criminal courts, or even environmental courts, if these do exist²⁰”.

The above mentioned suggests that the most suitable legal avenue to redress victims of environmental damages perpetrated by MNCs would be at the place where damages have occurred²¹, in terms of procedural economy and speed due to the proximity of the facts and parties. Nevertheless, as aforementioned, MNCs’ economic and political power might represent an obstacle to hold MNCs liable and forced them to redress and remedy the environmental damages in host States²². In addition, the limited effectiveness of domestic remedies -often being non-existent or difficult to acquire- in developing countries hampers the access to justice for victims. Furthermore, several cases in developing countries have proved that the lack of economic, human and technical resources in judicial

¹⁷IUCN, “Niger Delta Natural Resource Damage Assessment and Restoration Project,” (8 April 2014), available at <http://predoc.org/docs/index-188779.html>.

¹⁸ UNEP, *Environmental Assessment of Ogoniland*, Nairobi, UNEP, 2011.

¹⁹ IUCN (note 17), p. 1.

²⁰IUCN (note 17), p. 6.

²¹ In the same vein, MORGERA suggests that “The most immediate legal system for ensuring the environmentally sound conduct of private enterprises is that of the State in which they operate.” E. MORGERA, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, OUP, 2009.

²² From a human rights perspective, WESCHKA remarks that “(...) economic power of MNEs and their international mobility, as well as the dependence of many countries on international direct investment, it is not surprising that host States, and especially developing countries, occasionally fail to take efficient action against MNEs that violate human rights on their territory. M. WESCHKA (note 6), p. 628.

apparatuses could impact on the enforcement of judgment and decisions taken by domestic courts²³. In fact, in the case study this latest situation –as well as the other approaches– takes place, lacking of resources is clearly a problem that affects Nigerian institutes. For instance, the State Environmental Protection Agency in Delta State responsible of creating an inventory of degraded areas in the State and other baseline data gathering; it has been stated that: “The SEPA has only one vehicle and does not have a boat which is a necessity for movement in the riverine areas. Lacking a laboratory, the Agency is unable to monitor water or air quality. The Agency has commissioned a study on the environmental effects of gas flaring, but ran out of funds to complete it. It has created a water hyacinth committee to examine methods for slowing the plant's spread.

“Given the limited resources, the Agency has not been able to prevent environmental degradation. Instead, it reacts to acute, visible problems as they occur by documenting them; lacking the resources to deal with even these immediate concerns. Much of its energy is directed to responding to oil spills by visiting sites and certifying that clean ups are completed. Since its jurisdiction over oil related activities has not been defined and it does not have the expertise or equipment to assess pollution levels, its ability to assess and manage oil pollution is very limited”²⁴.

Morgera draws the impact of bilateral and other investment treaties on States' sovereignty –particularly on developing countries– and their capacity to implement, enforce and improve their environmental law; and, how the control over MNCs is affected. According to the author, through the so-called *stabilization clause* into the foreign investment contracts, “which seeks to freeze the law of the host State” during the life of the foreign investment contract²⁵; the investment restrains on the sovereignty of the host State to legislate and, moreover, when States take action against MNCs abuses, they risk the investment and, furthermore, MNCs could react to State-sanctions with the relocation of their business to another more corporate-friendly State”²⁶. It is worth mentioning that investment in developing countries represents large economics interests²⁷; therefore, the investment transferred to other State involves losing of economic incomes, jobs and technical expertise²⁸. In consequence, a confrontation breaks out between economic

²³ A. PIGRAU / S. BORRÀS / J. JARIA / A. CARDESA-SALZMANN (note 9), p. 7.

²⁴ WORLD BANK, “Niger. Defining an Environmental Development Strategy for the Niger Delta”, available at: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSCContentServer/WDSP/IB/2000/11/10/000094946_00082605382642/Rendered/PDF/multi_page.pdf.

²⁵ E. MORGERA (note 21), pp. 26-25.

²⁶ M. WESCHKA (note 6), p. 628.

²⁷ FRYNAS remarks the cons and the pros of litigation against MNCs in Africa countries and highlights that the cons of litigation far outweigh the pros. Litigation, *inter alia*, may impose new costs and risks on foreign investors in Africa as well as Africa's national economies –especially countries with high dependence on oil or mineral investment could be more affected– and moreover, it creates a legal liability risk for MNCs of becoming responsible for social and environmental damage. J.G. FRYNAS, “Social and environmental litigation against transnational firms in Africa”, *The Journal of Modern African Studies*, 2004, pp. 363-388.

²⁸ “Particularly in the case of developing countries, the financial resources provided by the MNC may well represent a considerable share of the State's GDP1”. E. MORGERA (note 21), p. 28.

interests and social-environmental interests which generally, in light of economic globalization, economic interests impose upon social-environmental interests²⁹.

In the light of the above; on one hand, the asymmetry of power, and on the other hand, the dependence of the developing countries on foreign direct investment by MNCs leads to a systematic frustration of the claimants' aspirations for recognition and compensation. Consequently, claimants with limited recourses look for other avenues to access to justice, including, resorting before courts where MNCs have their headquarters.

1. Seeking Redress before Nigerian Courts

According to Nigerian legislation, companies are liable for the spills that they cause and are obligated to compensate those who suffer the damages. On one hand, the Oil Pipelines Act of 1990 stipulates that a company shall pay compensation "to any person suffering damage (other than on account of his own default or on account of the malicious act of a third person) as a consequence of any breakage of or leakage from the pipeline or an ancillary installation, for any such damage not otherwise made good"³⁰. On the other hand, the Nigerian Federal Environmental Protection Agency Act of 1988 establishes in order to mitigate the damage: "beginning immediate clean up operations following the best available clean-up practice and removal methods"³¹. In addition, the Nigerian Petroleum Act of 1969 points out that the Minister of Petroleum Resources "may direct in writing the suspension of any operations which in his opinion are not being conducted in accordance with good oil field practice"³².

On the basis of the above mentioned several attempts to hold Shell liable for environmental damages have taken place into Nigerian jurisdiction. Nevertheless, there has been a limited number of court judgments with a very restrict scope focused on economic compensation more than environmental restoration. FRYNAS highlights that: "during the period 1981–86, twenty-four compensation claims against Shell went to court in Nigeria (Adewale 1989: 93). In early 1998, Shell was reportedly involved in over 500 pending court cases in Nigeria, of which 70% or roughly 350 cases dealt with oil spills, the other 30% or

²⁹ The confrontation between economic and social-environmental interest is reflected in the U'wa indigenous tribe case where an extractive MNC caused deforestation by it's by oil drilling activities, ecosystem degradation and damage to natural resources. The MCN was not found responsible for the damage, and, moreover, the Superior Court of Bogota stated that the protection of an essential economic interest of the country would have been impaired by the suspension of the oil exploratory activities by the private company. See further, C. RODRÍGUEZ GARAVITO / C., ARENAS "Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia", in: B. de Sousa Santos / C. A. Rodríguez Garavito (eds.) *El Derecho y la Globalización desde abajo. Hacia una Legalidad Cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007, pp. 217 ss.

³⁰ See Article 11.5.c. Oil Pipe Act, available at: <http://www.nigeria-law.org/Oil%20Pipelines%20Act.htm>.

³¹ See Article 22.2 Federal Environmental Protection Agency Act, available at: <http://www.placng.org/new/laws/F10.pdf>.

³² See Petroleum Act. Cap. 350 L.F.N. 1990 Act Cap. 10 L.F.N. 2004, available at: <http://www.babalakinandco.com/resources/lawsnigeria/LAWS/90350petroleum%20act.htm>.

150 cases mostly with other types of damage from oil operations, contracts, employment and taxation”³³.

One of the cases against Shell Nigeria took place in June 2005, when members of the Iwherekan community claimed against air pollution caused by the gas flaring in the Delta Niger,³⁴ which affected the environment and human health. In November 2005, the Federal High Court of Nigeria delivered a judgment pointing out that the company shall cease gas flaring in the Niger Delta due to: “(...) inconsistent with the applicant’s rights to life and/or dignity of human person enshrined in sections 33(1) and 34(1) of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 and articles 4, 16 and 24 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights (Ratification and Enforcement) Act, cap A9, vol 1, Laws of the Federation of Nigeria, 2004) and are therefore unconstitutional, null and void by virtue of section 1(3) of the same Constitution”³⁵.

Shell appealed this decision. In December of the same year a new claim was brought by victims for not ceasing the gas flaring. In April 2006, the Supreme Court of Nigeria stated that Shell would be required to stop gas flaring in that community, as well as in the Ejama-Ebubu community, within a period of one year. As a result of this case, the Gas Flaring Prohibition and Punishment Bill of 2009 and the Petroleum Industry Bill of 2012 was enacted³⁶.

Likewise, after a decade of litigation for an oil spill occurred in 1970 that affected around 250,000 hectares of Ejama-Ebubu community; in July 2010, the Nigerian Federal Court ruled that Shell must pay approximately 100 million dollars to compensate for damages and losses. The compensation was based upon, *inter alia*, the value of crops, losses of income derived from agriculture and hunting, water supply, health risk, the psychological impact and the desecration of shrines. In addition, Shell had to decontaminate and rehabilitate the area in order to leave it as it was before the spill³⁷.

Despite the existing legal avenues in Nigeria in order to redress victims, there are several obstacles that hamper the access to justice. This fact has led to seek other legal avenues where foreigners may access to extra-territorial judicial procedures, most of the

³³ J. G. FRYNAS (note 27), pp. 363–388.

³⁴ According to OKOKO, the method of gas flaring (open-pipe flare) by the oil companies operating in the Niger Delta area is very damaging to the environment. This method has no provision for pollution abatement. Consequently, the flame produces the worst level of atmosphere pollution and nuisance. K. OKOKO, “Shell Petroleum Development Company (S.P.D.C.) – Host Community Relation Study,” in: J. C. Ebegbulem, D. EKPE / T. O. ADEJUMO, “Oil Exploration and Poverty in the Niger Delta Region of Nigeria: A Critical Analysis”, *International Journal of Business and Social Science*, 2013, pp. 279-285.

³⁵ See “*Gbemre v Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others*” (2005) AHRLR 151 (NgHC 2005). Available at: <http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/418-nigeria-gbemre-v-shell-petroleum-development-company-nigeria-limited-and-others-2005-ahrlr-151-nghc-2005.html>.

³⁶ A. PIGRAU / A. CARDESA-SALZMANN, “Acciones entrelazadas contra daños ambientales graves: el impacto e Shell en Nigeria”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 2013, pp. 217-240.

³⁷ A. PIGRAU / A. CARDESA-SALZMANN (note 36), pp. 221-222.

cases, in developed countries where MNCS involved have their closest linkages or their headquarters³⁸.

III. Access to Justice in Home States. Civil liability in the Netherlands for Environmental Damages Committed abroad

According to Weschka, “international law recognizes the right of home states to exercise extraterritorial jurisdiction over their nationals committing wrongs abroad”, this becomes into an advantage for granting effective access to justice for victims. It also creates an expectation that home States make an effort to control MNCs operating overseas. From the view of environmental protection, Morgera remarks that “there exists a duty on all States to ensure compliance with standards that are prescribed either at the level of international treaties or custom on environmental protection”³⁹. These approaches might be considered the base to exercise a home states’ control over activities of corporations abroad. Nevertheless, as Morgera points out, there are several obstacles in the international regulatory framework in force. The author identifies the followings: (1) Issues concerning the respect for the national sovereignty of foreign countries. (2) Standards application might lead to lead to the paradoxical situation of different multinationals operating in the same industry sector and in the same foreign country being subject to different environmental regulations depending on their country of origin. (3) Logistical, financial, and technical challenges in order to monitor and implement home State norms in foreign countries.

In spite of these impediments in the international law of home States’ control over industrial activities, and furthermore, the absence of effective remedies in host States to redress victims. Resort to courts of MNCs’ home States remains as an alternative avenue to redress the victims. This provides the possibility to overcome the existence legal barriers – State’s unwillingness and/or lack of legal infrastructure- in host States.

In the case study, several legal actions have taken place in other jurisdiction where the MNC has closest linkages, e.g. United Kingdom, United States and the Netherlands where the MNC has its parent company.

1. The Dutch Civil Jurisdiction to Bring Claims for Environmental Damages

The Netherlands hosts several large MNCs that operate worldwide, among them, Philips, Unilever, Shell, Heineken, etc. Many of them have been involved in social-environmental conflicts. For instance, *inter alia*, Unilever’s involvement in child labor practices in India⁴⁰,

³⁸ According to FOWLER, “90% of all TNCs have parent companies in developed nations.” The author suggests that is “more promising way to hold MNEs responsible for human rights violations committed in developing countries would be to take legal action against them in their countries of origin.” R. J. FOWLER, “International Environmental Standards for Transnational Corporations”, *Environmental Law*, 1995, pp. 1-30.

³⁹ E. MORGERA (note 14), pp. 26-25.

⁴⁰ N.M.C.P. JÄGERS / M.J. VAN DER HEIJDEN, “Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in The Netherlands”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, pp. 833-870.

the Trafigura case related to illegal dumping of toxic wastes on the coast of Abidjan, Ivory Coast⁴¹ and our case study Shell in Nigeria. These cases are of particular interest to the transnational litigation and have raised the question of liability of Dutch parent companies for subsidiaries' involvement in violations of fundamental rights⁴² and, moreover, whether Dutch law should provide a legal avenue for litigation⁴³.

It is indisputable that in various countries there has been an outstanding development in civil law remedies as well as the increase in the number of civil litigation against MNCs' abuses; for instance, United States, Australia, Canada, United Kingdom and the Netherlands⁴⁴. The latter has demonstrated a strong interest not only for the scholarly and practitioners but also among policymakers⁴⁵. Because it provides a forum before Dutch courts for plaintiffs and litigators and since the Dutch legal system has offered civil remedies to victims of corporate human rights violations and environmental damages. Under Dutch civil law, corporations have legal personality and claims can be filed against them⁴⁶ and, if they commit an unlawful act towards another which can be imputed to them to repair the damage suffered by the other person as a consequence thereof⁴⁷. Moreover, the Dutch Code of Civil Procedure confers international jurisdiction on the courts of that country to hear tort claims directed against companies domiciled abroad, in joint litigation with companies based in their own territory⁴⁸. The feasibility of transnational litigation in the Netherlands has relied on the characteristics of Dutch private law and legal culture⁴⁹. In this part of the paper, it will be analyzed how the Netherlands applies the rules of international private law in order to provide a forum for victims of MNCs' human rights violations and environmental damages.

On 9th May 2008, four Nigerian farmers joined by the NGO *Milieudefensie* and Friends of the Earth Nigeria brought five civil liability claims against Royal Dutch Shell PLC (RDS) in The Hague and SPDC of Nigeria before the District Court of The Hague in the Netherlands. They claimed that Shell is responsible for the oil pollution near their villages (Oruma, Goi, and Ikot Ada Udo) in Nigeria; particularly, the claims are related to four incidents in which oil had spilled in the area. On one hand, the primary allegation

⁴¹ See further, Trafigura Beheer B.V., available at: http://www.evb.ch/cm_data/Trafigura_e.pdf.

⁴² CASTERMANS and VAN DER WIEDE question whether a Dutch company can be held liable for the involvement of a subsidiary in a violation of fundamental internationally recognised rights such as human rights and rights guaranteed under employment or environmental norms. And, if so, who can hold the Dutch parent company liable? A.G. CASTERMANS / J. VAN DER WEIDE, "The legal liability of Dutch parent companies for subsidiaries' involvement in violations of fundamental, internationally recognised rights", available at: <http://ssrn.com/abstract=1626225>.

⁴³ N.M.C.P. JÄGERS / M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 840.

⁴⁴ L. ENNEKING, "The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case", *Utrecht Law Review*, 2014, pp. 44-54.

⁴⁵ L. ENNEKING, *Foreign direct liability and beyond. Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, The Hague, Eleven International Publishing, 2012.

⁴⁶ See Article 2:3 Dutch Civil Code, available at: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook022.htm>.

⁴⁷ See Article 6:162(1) Dutch Civil Code, available at: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>.

⁴⁸ See Article 7 (1) Dutch Civil Procedure Code, available at: <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>.

⁴⁹ N.M.C.P. JÄGERS / M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 840.

against RDS was that it had failed to exercise due diligence in the relationship towards the Nigerian subsidiary by not using its influence through the group's environmental policies to ensure that the subsidiary's activities were undertaken with due diligence. On the other hand, the allegation against SPDC was that it had not exercised due diligence in preventing the oil spills occurred, by failing to take adequate measures to prevent the spills and/or to mitigate their consequences, and by failing to properly clean up the contaminated sites⁵⁰. The plaintiffs asked the District Court, *inter alia*, a declaratory judgment holding that companies are liable for the damages suffered by the plaintiff (Akpan) and to the environment near Ikot Ada Udo. Nevertheless, they requested ordering the defendants to clean-up of the pollution caused by the oil spills, the purification of the water sources in and near Ikot Ada Udo, the implementation of an adequate oil spill contingency plan in Nigeria and to ensure that all the conditions have been met for a timely and adequate response in the event that an oil spill near Ikot Ada Udo occurs again⁵¹.

On 30th January 2013, the District Court held Shell's Nigerian subsidiary civilly liable for a specific tort of negligence against Akpan by insufficiently securing the wellhead of the IBIBIO-I well prior to the two oil spills in 2006 and 2007 near Ikot Ada Udo against sabotage that was committed at that time in an easy manner, although, the Nigerian law (applicable law into the case) states that the operator of an oil pipeline is not liable for harm resulting from oil spills caused by sabotage. The District Court stated that, on one hand, the oil spill in 2006 was very small and that without any further explanation, and on the other hand, the larger oil spill in 2007 could be prevented if the company had taken proper measures in order to avoid the sabotage. The Dutch court ordered SPDC to pay damages caused by the oil pollution near the community Ikot Ada Ido to Akpan.

The case "*Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*"⁵² has created a meaningful precedent for the transnational civil litigation against MNCs' abuses and has "a significant impact on the future course of the trend towards foreign direct liability cases"⁵³ owing to the Dutch court determined that it had jurisdiction to hear not only the claims against the parent company RDS, which has its head office in The Hague, but also the claims against the Nigeria based subsidiary SPDC. Moreover, this case becomes into the first of its kind. Besides the Alien Tort Claims Act (ATCA) of the United States, there is no foreign equivalent statute that provides a legal avenue offering legal redress for victims of corporate, especially, for human rights violations⁵⁴. Nevertheless, as Jägers (*et. al.*) points out, "several recent rulings in the

⁵⁰L. ENNEKING (note 44), p. 45.

⁵¹ Judgment of the District Court of The Hague 30th January 2013, C/09/337050/ HA ZA 09-1580, "*Friday Alfred Akpan & Miliendefensie, c. Royal Dutch Shell plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria*" at para 3.1, available at: http://www.menschenrechte.uzh.ch/entscheide/Friday_Alfred.pdf.

⁵² Akpan alleged that he suffered damages to his land and fishponds due to two oil spills occurred from SPDC's oil well near to Ikot Ada Udo. The well was crooked above ground by a so-called Christmas tree cap that can be opened or closed with a large wrench. The first oil spill took place in 2006 when a single barrel of oil was spilled from the well. The following year a large oil spill reached the amount of 629 barrels of oil spilled. See N. JÄGERS / K. JESSE / J. VERSCHUUREN (note 11), p. 39.

⁵³ L. ENNEKING (note 44), p. 45.

⁵⁴ Through the ATCA, around 150 foreign direct liability claims have been brought before the US federal courts against a wide range of MNCs with basis or at least a presence in the US, for their alleged involvement in international perpetrated in countries such as Burma, South Africa, Ecuador, Nigeria and Sudan. L.

Netherlands suggest that Dutch courts may accept jurisdiction with extraterritorial scope”⁵⁵. The recent cases in this country have proved that under Dutch law, it is possible to hold -Dutch- corporations liable for environmental harms or human rights violations based on the domicile of the defendants; especially for victims in developing countries, despite the fact that the Netherlands has not equivalent to the ACTA⁵⁶.

A) Judicial Competence

In 2009, the Dutch court determined that it had jurisdiction to hear claims against RDS and the Nigerian subsidiary SPDC⁵⁷. The Dutch court’s competence is asserted not only through the Dutch legal system but also in virtue of the harmonization for judicial competence in the European Union laid down by the EC Regulation n° 44/2001 (Brussels I)⁵⁸, recasting by the Regulation n° 1215/2012⁵⁹, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters⁶⁰. The aim of Brussels I regime is to regulate conflicts between the domestic courts of the EU Member States and is based on the principle of *forum rei*; its rules are mandatory and deprive national courts of any discretion in disturbing jurisdiction amongst the courts⁶¹. Moreover, “under the Brussels I regime Dutch courts will in principle have jurisdiction over transnational civil cases against corporate defendants that are domiciled in the Netherlands”⁶² (statutory seat, central

ENNEKING (note 44), p. 44. The most remarkable case for environmental damage under the ATCA jurisdiction is Chevron/Texaco case, in which it is alleged that the harmful is caused by the oil company’s operations in Ecuador. See further, “Texaco/Chevron lawsuits (re Ecuador)”, available at: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TexacoChevronlawsuitsreEcuador>.

⁵⁵ N. JÄGERS / K. JESSE / J. VERSCHUUREN (note 11), p. 36.

⁵⁶ N.M.C.P. JÄGERS / M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 838.

⁵⁷ See The Hague District Court, 30 December 2009, “ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616”, available at: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBSGR:2009:BK8616>.

⁵⁸ The EC Regulation N° 44/2001 has been considered as the European version of the ATCA due to provides the possibility of opening European courts to lawsuits against corporations domiciled in the EU for damages occurring in any third country. Nevertheless, there are divergences between both legal instruments; JÄGERS and VAN DER HEIJDEN point out some of the differences and highlight that EC Regulation 44/2001 is wider in scope in the sense that the ATCA is only applicable to aliens. Nevertheless, related to corporations, the EC Regulation is more limited than the ATCA in due to applies only to corporations registered or domiciled within the EU and it is purely adjudicative and not prescriptive in nature. The authors raise the question whether the EU has the authority to amend EC Regulation 44/2001 in order to make it truly a European ATCA. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), pp. 847-848.

⁵⁹ Regulation (EU) N° 1215/2012 Of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>.

⁶⁰ ENNEKING remarks that “Under the combined regimes on international jurisdiction that apply to transnational civil claims brought before Dutch courts, there are ample opportunities to bring foreign direct liability cases within the Dutch courts’ jurisdiction. Especially where it comes to claims brought against Dutch or Netherlands-based arms (usually the parent companies) of multinational corporations, getting Dutch courts to assume jurisdiction over such claims is unproblematic.” L. ENNEKING (note 45), p. 318.

⁶¹ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 10), p. 86.

⁶² L. ENNEKING (note 45), pp. 318-320.

administration and/or principal place of business) and may not refuse to exercise such jurisdiction on the basis of discretionary doctrines such as *forum non conveniens*⁶³. The adoption of this regulation in the Netherlands has served as guideline for the revision of the Dutch Code of Civil Procedure⁶⁴.

Related to the case study, on one hand, the Dutch court has jurisdiction over RDS' claims in accordance with article 2(1) in conjunction with article 60(1) of the EC Regulation N° 44/2001⁶⁵; the article 2(1) states that "persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State"⁶⁶. The notion of domicile for legal persons is contemplated in article 60(1) of the same regulation pointing out that "a company or other legal person or association of natural or legal persons is domiciled at the place where it has its (a) statutory seat, or (b) central administration, or (c) principal place of business"⁶⁷. Under the Dutch law, the notion of domicile is interpreted as the place of incorporation⁶⁸. In this regard the place of the Shell's headquarters is in the Netherlands⁶⁹; and for the matter it will be subject to the jurisdiction of Dutch courts as well as English courts owing to Shell is an Anglo-Dutch MNC. In comparison with the ATCA, the Dutch doctrine of incorporation is much stricter than under the ATCA where jurisdiction can be asserted over individuals temporarily present in the United States or over corporations doing business in the country⁷⁰. On the other hand, the court's judicial competence over SPDC's claims raises more interesting issues due to SPDC is a defendant not domiciled in a Member State and consequently, in principle, the Dutch courts do not have jurisdiction over a foreign subsidiary that does not have its statutory seat in the Netherlands. Nevertheless, according to article 4(1) of Brussels I "If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, [...], be determined by the law of that Member State"⁷¹. Therefore, the jurisdiction of the Dutch court over SPDC's claims is in virtue of article 7.1⁷² of Dutch Code of Civil Procedure that

⁶³ According to JÄGERS and VAN DER HEIJDEN, the doctrine of *forum non conveniens* represents an important legal hurdle to be overcome by plaintiffs, especially under ATCA litigation. Through this doctrine, courts are able to dismiss cases if a defendant can show that an adequate alternative forum exists. This has taken place in common law countries such as the United Kingdom and the United States. By contrast, this doctrine does not apply in the Netherlands; consequently, courts have no power to decline their jurisdiction on the basis of this doctrine. This has been reflected in the *Dutch Shell Nigeria* case, according with the Dutch court the doctrine of the *forum non conveniens* no longer plays any role in today's international private law. N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), pp. 849-850.

⁶⁴ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 845.

⁶⁵ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 10), p. 104.

⁶⁶ See Article 2.1 Council Regulation (EC) n° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:en:HTML>.

⁶⁷ See Article 60.1, Council Regulation (EC) No 44/2001.

⁶⁸ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 845.

⁶⁹ See Article 2 Conflict of law, available at: http://wetten.overheid.nl/BWBR0012408/geldigheidsdatum_14-09-2011.

⁷⁰ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 849.

⁷¹ See Article 4.1, Council Regulation (EC) No 44/2001.

⁷² See Article 7(1) Dutch Code of Civil Procedure. The court held that a joint adjudication of the claims would indeed be justified for reasons of efficiency. In doing so, it passed over the defendants' argument that the plaintiffs' claims against the parent company were evidently without prospect and meant only to bring about

allows “Dutch courts to exercise jurisdiction over claims against co-defendants in proceedings in which they have jurisdiction with respect to one of the defendants, if the causes of action against the different defendants are connected in such a way that a joint consideration is justified for reasons of efficiency”⁷³. It must be highlighted that Dutch courts will have jurisdiction over foreign corporate defendants that have branches, offices or other establishments in the Netherlands only if the dispute is related to those⁷⁴; in the *Dutch Shell Nigeria* case this necessary connection has been satisfied; hence, the Dutch court stated that by virtue of section 7 of Dutch Civil Procedure Code (DCCP), it has jurisdiction in these proceedings, not only over the claims initiated against RDS, but over the claims against SPDC, as well; due to connection between the claims initiated against RDS, on one hand, and the claims initiated against SPDC, on the other, that reasons of efficiency justify a joint hearing⁷⁵.

Related to the court’s jurisdiction over the claims against SPDC, Shell asked the court to reconsider its decision in the interlocutory judgment on the basis of two arguments. According to the MNC, the decision regarding jurisdiction of the Dutch court over the claims against SPDC was rendered on an incorrect legal basis. The company argued that under the Nigerian legislation it was foreseeable that the claims against SPDC could not succeed; therefore, “*Miliendefensie* et al. most certainly abused procedural law by initiating these claims against RDS and SPDC collectively and by accordingly creating jurisdiction for the District court in The Hague in respect of the claims initiated against the Nigerian legal entity SPDC, as well”⁷⁶. This argument was dismissed by the court; it stated that no abuse of procedural law was involved due to the fact that “under certain circumstances, based on Nigerian law, the parent company of a subsidiary may be liable based on the tort of negligence against people who suffered damage as a result of the activities of that (sub-) subsidiary”⁷⁷. Furthermore, Shell invoked the *Painer* ruling of the European Court of Justice in order to determine the application of the Section 7 (1) DCCP on the fact that SPDC might foresee that could be sued in the Netherlands for its activities in Nigeria⁷⁸. According to Shell, this section can be applied by analogy to article 6(1) of Brussels I; the application of this article -in the event of a difference on the basis of claims initiated against various defendants- depends on the foreseeability of being sued in a Member State where at least one of them was domiciled. In this sense, Shell argued that “the Nigerian SPDC could not foresee that it would be summoned in the Netherlands with

jurisdiction over the claims against the subsidiary, and that as such they constituted an abuse of procedural law.

⁷³ L. ENNEKING (note 44), p. 46.

⁷⁴ In that sense, ENNEKING points out that “Dutch courts may assume jurisdiction over foreign direct liability claims against foreign corporate defendants for instance where those claims are so closely connected to similar claims against Dutch or Netherlands-based corporate defendants that reasons of efficiency warrant their joint adjudication.” See further, L. ENNEKING (note 45), pp. 319-320.

⁷⁵ See (note 51), para 4.1.

⁷⁶ See (note 51), para 4.2.

⁷⁷ See (note 51), para 4.3.

⁷⁸ See (note 51), para 4.4.

regard to the oil spills at issue and that it also follows from this that the Dutch court has no jurisdiction over the claims initiated against SPDC⁷⁹. The court dismissed also this argument and marked that the claims against RDS and SPDC do not have a different legal basis, by contrast, they have at least in part the same legal basis and moreover, according to the court, it was foreseeable that it could be sued in the Netherlands together with RDS in connection with the alleged liability for the oil spills near Ikot Ada Udo due to the international trend of holding a parent company of a MNC liable in its own country for harmful practices by its foreign subsidiaries. In sum, the Dutch court's arguments suggest that Dutch jurisdiction could exist over foreign subsidiaries of Dutch parent companies, if an action based on the same factual circumstances and damage is brought against both the subsidiary itself and the parent company, especially when claims against the parent company are brought before domestic courts in order to ensure jurisdiction.

In sum, the Dutch courts can have jurisdiction if the defendant(s) is domiciled in the Netherlands⁸⁰ and are competent to hear a case against a corporation for abuses committed abroad⁸¹. Likewise, the courts can have jurisdiction over a non-EU company based on Dutch private international law, as long as claims are closely connected to similar claims against Dutch or Netherlands-based corporate defendants that reasons of efficiency guarantee their joint adjudication⁸². Thus, the *Dutch Shell Nigeria* reflects the above mentioned and moreover, contributes to strengthen the international trend highlighted by the Dutch court: "(...) international trend to hold parent companies of multinationals liable in their own country for the harmful practices of foreign (sub-) subsidiaries, in which the foreign (sub-) subsidiary involved was also summoned together with the parent company on several occasions"⁸³.

B) Applicable Law

After having established the jurisdiction of Dutch courts as the most appropriate forum for redress victims of human rights and environmental damages, it is necessary to determine the applicable law. This will be defined through the Regulation EC n° 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11th July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, better known as Rome II⁸⁴. Under this regulation the general rule for the applicable law in situations involving a conflict of laws and non-contractual obligations in civil and commercial matters is where the damage has occurred⁸⁵; in other words, the principle of *lex loci damni* applies and there are a limited number of exceptions to Rome II Regulation's general rule, e.g. the parties designate the law that is to be applied to

⁷⁹ See (note 51), para 4.4.

⁸⁰ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 10), p. 104.

⁸¹ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 849.

⁸² L. ENNEKING (note 45), p. 320.

⁸³ See (note 51), para 4.5.

⁸⁴ Regulation EC n° 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32007R0864:EN:HTML>.

⁸⁵ L. ENNEKING (note 47), p. 214.

the claims on the basis of an agreement⁸⁶ and cases concerning environmental damages⁸⁷. The principle applies in EU Member State courts since 1st January 2009 and pertains to events giving rise to damages that have occurred since that date. Pursuant to article 4(1): “(...)the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur”⁸⁸.

Related to cases concerning environmental damage, Rome II incorporates the polluter pays principle into article 7 and accords the plaintiffs the possibility of choose between *lex loci damni* and *lex loci delicti*⁸⁹. Article 7 states that: “the law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 4(1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred”.

According to Enneking, “the environmental damage rule’s aim is to raise the general level of environmental protection by giving the victim of environmental harm the opportunity to choose the most favourable law”⁹⁰. Under a North-South backdrop the Dutch environmental standards might be higher and more protective than standards in developing countries where Dutch MNCs’ subsidiaries operates; and moreover, as previously mentioned, the home states’ legal system might provide better conditions for host country plaintiffs to bring claims against MNCs;⁹¹ at least, from a human rights perspective, International Commission of Jurists have remarked that Dutch law might be more developed to deal with liability for human rights violations and might have stricter standards in terms of duties of care required of companies.⁹² Despite this fact, there are still questions raised about the scope of article 7. For instance: “(...) whether this rule pertains only to situations of local conduct that result in transboundary environmental damage which is felt in a neighbouring country, or also to situations of transboundary conduct that result in local environmental damage in some far away (non-EU) country. Or, do non-EU environmental interests also fall under the scope of Rome II’s environmental policies?”⁹³.

There is no doubt that the above mentioned benefits the environmental victims of the case study since under Rome II they would provide the option of choosing Dutch law

⁸⁶ See Article 14.1. Regulation EC n° 864/2007.

⁸⁷ See Article 7. Regulation EC n° 864/2007.

⁸⁸ See Article 4.1. Regulation EC n° 864/2007.

⁸⁹ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 42), p. 853.

⁹⁰ L. ENNEKING, (note 45), p. 216.

⁹¹ Concerning environmental cases, ENNEKING affirms that “the Western society home country system of tort law will in these cases generally be more favourable to the host country plaintiffs than the host country system of tort law where it comes to levels of protection and levels of damages[...]” L. ENNEKING, (note 45), p. 216.

⁹² International Commission of Jurists, *Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations – The Netherlands*, Geneva, *International Commission of Jurists*, 2010.

⁹³ L. ENNEKING, (note 45), p. 217.

as the applicable law. Taking into account that applicability of Dutch law might be beneficial if Dutch substantive law was to govern the case as it might offer more protection than the law of the State in which the harmful event took place. Nevertheless, due to the facts in this case took place before the entry into the force of Regulation EC n° 864/2007 (11th January 2009), the Rome II rules of applicable law do not apply in this case. Therefore, the applicable law in this case has been determined under Dutch private international law, especially in accordance with the Act of 11th April 2001 on Conflicts of Law in Tort (*Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad* [WCOD]). Jägers and Van Der Heijden stressed that under the Dutch law, parties are entitled to choose the applicable law according to article 6(1) of WCOD;⁹⁴ like Rome II the choice of the law may be agreed through an agreement stating the law governing their claims.⁹⁵ Notwithstanding, Dutch case law suggests that the main rule of applicable law is under the principle of *lex loci damni*. However, the application of this principle is determined accordingly to the place of the act (*Handlungsort*) and the place where the damage occurs (*Erfolgsort*). The multiple *locus* tends to occur in cases concerning cross-border environmental pollution⁹⁶, as well as, in cases like *Dutch Shell Nigeria* case –involving a MNC operating abroad-, where *Handlungsort* and *Erfolgsort* are different locations. In these situations article 3(2) of the WCOD applies, which entailed that when the harmful effect of an act is felt in a place other than where the act takes place, the law of the country in which the effect is felt applies unless the corporation could not reasonably foresee this harmful effect⁹⁷. In the case study, the Dutch court remarked the temporal scope of Rome II and it stated that WCOD applies to the question, regarding under which law the District Court must substantively assess the claims against the MNC⁹⁸.

Based on the facts and the harmful effects that took place in Nigeria, the Dutch court determined that claims in the main action must be substantively assessed under Nigerian law, pursuant to article 3(1) and 3(2) of WCOD, in particular the law of Akwa Ibom State, where the oil spills occurred⁹⁹. The main reason for applying the Nigerian Law is to ensure redress in accordance with the expectations of the society where the harm occurs; nevertheless, this could fail to achieve the desired result because the laws of the host states, where the damages take place, are frequently less strict and might have a higher tolerance for environmental harm; according to Jägers and Van Der Heijden, “the result is that the preventive function of tort law is pushed to the background”¹⁰⁰.

There are some exceptions to the application of the principle of *lex loci delicti* in Dutch legal system. For instance, when the defendant and the plaintiff both have their primary residence in the country where the harm occurred; then, the case will be governed

⁹⁴ See article 6.1, Conflicts of Law in Tort.

⁹⁵ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 40), p. 851.

⁹⁶ A.G. CASTERMANS/ J. VAN DER WEIDE (note 42), p. 51.

⁹⁷ See article 3.2, *Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad* [WCOD].

⁹⁸ See (note 51), para 4.8.

⁹⁹ See (note 51), para 4.9.

¹⁰⁰ N.M.C.P. JÄGERS/ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 42), p. 851.

by the law of that country¹⁰¹ or when the wrongful act is closely connected to a contractual relation between the parties involved, the court may decide that the law that governs the case arising out of the wrongdoing will be the same law that governs the contractual obligation between the parties¹⁰². In the case study, the Dutch court marked some exceptions to the principle of *lex loci delicti*¹⁰³. Firstly, in accordance with the article 10:6 Dutch Civil Code (DCC), the Nigerian law would not be applied if the application of this law in this specific case would be manifestly incompatible with Dutch public order¹⁰⁴, and secondly, in the event that priority rules of Dutch law apply in the sense of article 10:7 DCC¹⁰⁵. However, according to the court, none of the exceptions have been sufficiently submitted or demonstrated to occur in the case at issue. In this case the question of in which cases involving a Dutch parent company the Dutch law would apply, as well as its scope remains open. So far, there is no case law in the Netherlands in which the Dutch legal system has been applied to cases concerning environmental damage or human rights violations caused by Dutch parent company or its subsidiary¹⁰⁶.

Nonetheless, it is important to highlight that since Rome II entered into force in 2009 there is the possibility to apply the Dutch law concerning environmental cases. In the hypothetical case that the Dutch law would be applied in the case study, in specific the Dutch tort law, which is applicable to cases involving environmental damage caused by a Dutch corporation. In the Netherlands, a tort is committed when (1) an act or omission violates a statutory duty, (2) a right is violated, or (3) an act or omission violates a rule of unwritten duty of care¹⁰⁷. In the same vein related to environmental cases, Van Der Heijden remarks that, in accordance with article 7 of Rome II, the Dutch provision of strict environmental liability can be applied¹⁰⁸. Under the Dutch law a legal person who uses a substance (could be found in a pipeline) or keeps it under its control in the fulfilment of his task or duty and in the cases that it causes a special danger of a serious nature for persons or property; the legal person is liable when this potential danger is realized.¹⁰⁹ The author points out that the statement in article 6:175 of DCC applies in cases of contamination of land, water or air consequence of oil leakage. Nevertheless, if the Dutch law would apply, the MNC could argue that the pollution or the omission to adequately maintain and clean the land is caused by armed conflict, insurrection and international disturbance,¹¹⁰ which could exonerate the MNC from any liability based on the article 6:175¹¹¹.

¹⁰¹ See article 3(3), Conflicts of Law in Tort.

¹⁰² See article 5, Conflicts of Law in Tort.

¹⁰³ See (note 51), para 4.9.

¹⁰⁴ See article 10.6, Dutch Civil Code.

¹⁰⁵ See article 10.7, Dutch Civil Code.

¹⁰⁶ L. GARCÍA ÁLVAREZ, "Daños privados por contaminación en el tráfico externo: A propósito del caso Akpan Vs. Shell (Nigeria)", *CDT*, 2013, pp. 548-583.

¹⁰⁷ See Article 6:162 Dutch Civil Code.

¹⁰⁸ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 10), pp. 249-251.

¹⁰⁹ See article 6:175, Dutch Civil Code.

¹¹⁰ See article 6:178, Dutch Civil Code.

¹¹¹ M.J. VAN DER HEIJDEN (note 10), p. 251.

In short, under Rome II the victims may opt for the applicable law concerning environmental damages. Thus, the victims are allowed to choose the most favorable law for governing the case; for instance, the Dutch legislation that could offer better conditions in the litigation against MNCs. Nevertheless, so far there has not been a case, at least in the Netherlands, under the provision of article 7 of Rome II, which permits victims of environmental degradation caused by the MNCs' activities choose the law of a Member State of European Union.

C) Remarkable Considerations in the Final Judgment of *the Dutch Shell Nigeria Case*

In addition to the aforementioned (judicial competence and applicable law), there are still some considerations in the final judgment of the *Dutch Shell Nigeria* case to take into account. First and foremost, the legitimization of the NGO as a plaintiffs under the legal fiction of article 3:305 (a) of DCC. In accordance with this provision, a foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests may bring to court a legal claim that intends to protect similar interests of other persons¹¹². According to the MNC, *Miliendefensie's* claims in the main action are inadmissible due to: (1) the provision of article 3:305(a) is part of substantive Dutch law, whereas applicable substantive Nigerian law does not recognize any (similar) law governing class actions¹¹³. (2) Moreover, the company alleged that the class action carried out by the NGO does not offer any advantage over litigating on behalf of the interested parties themselves. The Dutch court dismissed these Shell's allegations¹¹⁴. Firstly, the interlocutory judgment of 14th September 2011 ruled that it has not been submitted or demonstrated that this binding final decision has an incorrect basis and moreover, the requirements stipulated by Section 3:305a DCC have been satisfied in the case at issue¹¹⁵. Secondly, the Dutch court has stated that the NGO's claims go beyond the individual interest of one person since remediating the soil, cleaning up the fish ponds, purifying the water sources and preparing an adequate contingency plan for future responses to oil spills will benefit the community and the environment in the vicinity of Ikot Ada Udo¹¹⁶. In addition, the District Court considers conducting campaigns aimed at stopping environmental pollution in the production of oil in Nigeria as a factual activity that *Miliendefensie* develops to promote the environmental interests in Nigeria¹¹⁷. In fact, this consideration acknowledges the relevant role of NGOs in issues related to collective interests. In cases concerning environmental issues, the NGOs are often interested in being a part in the litigation, the question in fact might benefit and support victims in order to

¹¹² See article 3:305 (a), Dutch Civil Code.

¹¹³ See (note 51), para 4.11.

¹¹⁴ See (note 51), para 4.12.

¹¹⁵ See (note 51), para 4.11.

¹¹⁶ See (note 51), para 4.12.

¹¹⁷ See (note 51), para 4.12.

lead to long and costly procedures that hardly may be assumed by the parts, by comparison with its counterpart (MNC)¹¹⁸.

Secondly, The Hague District Court has left the door ajar regarding the liability of an EU parent company for abuses committed by its subsidiary abroad. The issue of parent company liability in this case was particularly interesting from a legal perspective due to it might have major impact at international level. Nevertheless, according to Nigerian (and English) tort law a parent company may under certain circumstances be held liable for harm caused to third parties by the activities of its subsidiaries on the basis of a duty of care owed by the parent company to those third parties¹¹⁹. According to the NGO and invoking the English “*Chandler v Cape PLC*”¹²⁰ case, RDS is aware of the problematic situation of oil spills in Nigeria and has interfered with and exercised influence on SPDC’s activities in Nigeria. Moreover, parent company RDS made the prevention of environmental damage as a result of the activities of its operating companies – including SPDC in Nigeria – a key objective of its policy and also publicly invokes this policy¹²¹. Despite the alleged by the NGO, the court determined the situations when the parent company assumed this duty of care: (i) the businesses of the parent company and of the subsidiary are essentially the same; (ii) the parent company has more knowledge or should have more knowledge of a relevant aspect of health and safety in the industry than the subsidiary; (iii) the parent company knew or should have realized that the working conditions at its subsidiary were unhealthy; (iv) the parent company knew or should have foreseen that the subsidiary or its employee would rely on the fact that the parent company would use its superior knowledge to protect those employees¹²². Regarding this, the Court stated that cannot be equated the special relation or proximity between a parent company and the employees of its subsidiary that operates in the same country between the proximity between the parent company of an international group of oil companies and the people living in the vicinity of oil pipelines and oil facilities of its (sub-) subsidiaries in other countries. In the latter relationship is more distant and diffuse, therefore, the Court believes that in the case at issue, it is far less fair, just and reasonable than it was in *Chandler v Cape* to assume that such a duty of care on the part of RDS exists¹²³.

Finally, in this list –not exhaustive- of remarkable considerations of the final judgment, the court considerate that an omission cannot result in a human rights violation in the horizontal relationship between two private parties. *Miliendefensie*, referring to “*Gbemre v. Shell Petroleum Development Company*” case, alleged that SPDC was liable for affecting Akpan’s physical integrity because he had to live in a contaminated living environment.

¹¹⁸ L. GARCÍA ÁLVAREZ (note 118), pp. 557-558.

¹¹⁹ See (note 51), para 4.26.

¹²⁰ *Chandler v. Cape* case is related to a parent company of a corporate group was held liable for asbestos-related injuries suffered by an employee of one of its subsidiaries as it was considered to have breached a duty of care owed to the employee. See further, “*Chandler v. Cape*”, available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html>.

¹²¹ See (note 51), para 4.27.

¹²² See (note 51), para 4.28.

¹²³ See (note 51), para 4.29.

Nevertheless, according to the court, SPDC cannot be blamed for any active conduct but for negligence, and moreover, in the case invoked by the NGO, the company had infringed a human right by deliberately flaring gas during a long period (active conduct). So far, there have been no Nigerian rulings in which a reprehensible failure in horizontal relationships such as the one at issue and in the event of sabotage by third parties, that could be considered as an infringement of a human right.¹²⁴ Enneking, points out that this consideration is difficult to understand in the absence of further explanation and/or substantiation; and moreover, the author remarks that The Hague District Court's January 2013 judgment also leaves some questions unanswered¹²⁵. In sum, the final judgment sets a precedent for the transnational litigation against MNCs operating in developing countries; however there still are some challenges forward-looking to overcome in order to guarantee the right to access to justice for the victims.

IV. Final Considerations

The *Ducth Shell Nigeria* case reflects a worldwide situation in which the irresponsible conduct of MNCs undermines the enjoyment of human rights and damages the environment. Likewise, in a backdrop of global economic liberalization, lack of full international legal personality for non-State actors, delimited international competence of domestic courts and the absence of effective judicial remedies against powerful economic actors; remedial action against MNCs seems unable to achieve environmental justice for victims; especially in developing countries, where sometimes there is a lack of control over foreign companies extracting minerals, oil or other natural resources in a manner that harms the environment. The new international trend of holding MNCs liable in home states seems to be fruitful; the number of attempts to resort to home states courts is increasing. Nevertheless, in practice there are several procedural obstacles. The case study might set a precedent in the cross-border civil litigation and, moreover, it establishes the following steps to bring claims before home states courts. Finally, the case highlighted the need for uniform rules of international private law in order to guarantee the right to access to justice for the victims of corporate abuses worldwide.

¹²⁴ See (note 51), para 4.56.

¹²⁵ L. ENNEKING (note 46), p. 52.

La Garantía a Primera Demanda

Raúl H. PEREIRA DE SOUZA FLEURY *

Resumen

El objeto de la presente monografía es introducir (a quienes no conocen) el concepto y características de las garantías a primera demanda, una forma de garantía atípica, que da al beneficiario la facultad de exigir su ejecución en el momento que lo desee. Las mismas son muy utilizadas en la contratación internacional cuando las transacciones alcanzan cifras muy altas, y la necesidad de dar seguridad jurídica a la ejecución de las prestaciones se hace primordial. También presentaré una breve descripción del derecho aplicable a las mismas, puesto que se trata de una figura particularmente internacional.

Abstract

The purpose of this monograph is to introduce (to those unfamiliar) the concept and characteristics of the first demand guarantees, an atypical form of guarantee, that gives broad powers to its beneficiary, for he can execute such guarantee whenever he wants. Said guarantee are widely used in international contracts when the transaction reach very high figures, and the need to provide legal certainty to the performance of the services is vital. As well, in this monograph I'll be presenting a briefly description of the applicable law to the first demand guarantees, since such guarantees are a particularly international figure.

Registro Bibliográfico

PEREIRA DE SOUZA FLEURY, RAÚL H., "La garantía a primera demanda", *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp.115-128.

Descriptores/describers

- garantías a primer demanda, contratos comerciales internacionales, reglas uniformes.
- demand guarantees, international trade contracts, uniform law.

* Abogado, egresado de la Universidad Católica de Asunción, Paraguay.

Sumario: I. Introducción. II. Nociones Generales. 1. Definición. 2. Caracteres de la garantía a primera demanda. A) Independencia o autonomía respecto de la obligación garantizada. B) Inoponibilidad de excepciones derivadas de la obligación garantizada. 3. La garantía a primera demanda documentaria. 4. Partes intervinientes en la garantía a primera demanda. 5. Naturaleza Jurídica. Comparación con figuras afines. III. Legislación aplicable. 1. *La lex mercatoria* como derecho aplicable. A) Autonomía de la voluntad. B) Ausencia de determinación del derecho por las partes. C. La problemática de las normas de orden público. 2. La convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente. 3) Las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento (URDG por sus siglas en inglés: *uniform rules for demandan guarantess*). IV. Las garantías a primera demanda y la cláusula arbitral. V. Conclusiones. VI. Anexo. VII. Referencias bibliográficas

I. Introducción

No es ningún secreto que en la actualidad las transacciones en el comercio internacional son cada vez más numerosas y de gran envergadura, en lo que concierne al patrimonio. Los contratos internacionales, lejos de ser sobreestimados, suponen millones (y a veces miles de millones) de dólares en el ámbito del tráfico comercial internacional, y esto inevitablemente se traduce en una necesidad de buscar una seguridad jurídica y contractual a estas transacciones multimillonarias. Esta necesidad dio lugar a un nuevo tipo de garantía: la Garantía a primera demanda, que se emite como garantía frente al riesgo de incumplimiento de una obligación no monetaria. Así, en este trabajo serán analizados los diferentes tipos de garantías a primera demanda y su aplicación.

II. Nociones generales

1. Definición

Además de las garantías personales, como el aval y la fianza, la práctica comercial y la jurisprudencia han desarrollado otra figura, un contrato de garantía que pierde el carácter accesorio de la fianza, para convertirse en una obligación independiente y autónoma respecto de la relación subyacente que motiva la emisión de la garantía¹. Estas son las garantías a primera demanda que, en las palabras de Pilar Perales y Rafael Illescas, “se caracterizan por el principio de independencia, autonomía o abstracción frente a la relación subyacente, que garantiza y que le da vida”².

¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, p. 287.

² R. ILLESCAS / P. PERALES, *Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 432.

Desde el punto de vista doctrinario, existen varias denominaciones para esta especie de garantías: garantías a primera demanda, garantías puras, aval como garantía, aval a primer requerimiento, garantía automática, etc. Sin embargo, la utilización de estas denominaciones es puramente terminológica, puesto que lo que se busca en realidad es “optimizar la figura de la fianza, aunque sea desdibujando sus perfiles, para conseguir agilidad en el pago de la garantía debida, y ello se logrará en la medida en que dicho pago se consiga hacer depender exclusivamente de su reclamación por el beneficiario”³.

El tratadista Font Galan define a las garantías a primera demanda como “aquellas en las que un garante (banco emisor), atendiendo las instrucciones de un cliente (deudor principal) o de otra parte ordenante, se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero a un tercero (beneficiario) cuando éste lo reclame”⁴. La garantía así constituida quedará sujeta a una reclamación de *simple demanda* o de *demanda documentaria*.

Roy Goode sostiene que “una garantía a primer requerimiento (*demand guarantee*) puede ser definida como un compromiso de pagar una suma fija o máxima de dinero contra la presentación a quien otorga el compromiso, de un reclamo de pago escrito y otros documentos, si así también estuviere previsto, conforme se especifique en la garantía dentro del periodo de conformidad con las condiciones de la garantía”⁵.

De las definiciones citadas podemos concluir que la garantía a primera demanda es aquella forma de garantía autónoma e independiente mediante la cual el garante, que normalmente es un banco, se obliga de manera irrevocable e incondicional ante el acreedor de una obligación (beneficiario de la garantía) a pagar una suma de dinero desde el momento en que éste le notifique el incumplimiento del deudor principal (ordenante de la garantía) en el contrato subyacente. Normalmente son los bancos y/o financieras quienes brindan el servicio de garantía a primera demanda, para lo cual el ordenante debe tener una línea de crédito con el banco y/o financiera garante. La solvencia de los bancos y financieras asegura la eficacia de este tipo de garantías.

La redacción típica de una garantía a primera demanda establece que el pago debe ser efectuado a primera demanda y sin la necesidad de presentar ninguna prueba, sentencia, laudo o evidencia de ninguna clase. Se ha dicho que la garantía a primera demanda “por un lado, otorga al acreedor una protección demasiado elevada, mientras que por el otro, el garante corre un alto riesgo de pagarle injustificadamente, debido a que requiere al garante realizar el pago incluso si es que el deudor sí cumplió con la obligación”⁶.

³ A. CALVO CARAVACA, *Las Garantías Contractuales*, Madrid, 1997, p. 1201.

⁴ J.I. FONT GALAN, *Los Contratos Mercantiles de Garantía, Derecho Mercantil*, Barcelona, Ariel Derecho, 1997, pp. 374 - 375.

⁵ R. GOODE, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, Paris, International Chamber of Commerce, 1992, p. 8.

⁶ N. HORN/ E. WYMEERSCH, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 8.

El uso de frases en las garantías como pago a primera demanda, pago irrevocable e incondicional y pago sin impugnación son entre otras, consideradas por las cortes como “frases que evidencian la existencia de una garantía a primera demanda”⁷.

2. Caracteres de la garantía a primera demanda

Con el objeto de analizar más a fondo la garantía a primera demanda, a continuación serán presentadas dos características destacables de la misma⁸:

A) Independencia o autonomía respecto de la obligación garantizada

Aunque la emisión de la garantía deriva del contrato subyacente que vincula al ordenante y al beneficiario, la garantía es independiente de ese contrato, y los derechos y obligaciones derivados de la garantía lo son respecto de los derivados del contrato subyacente que, en principio, no concierne ni afecta al garante.

Las obligaciones del deudor y del garante son independientes, pudiendo tener distinta duración y contenido. También cabe la posibilidad de que el garante se obligue a más de lo que se obligó el deudor en la obligación garantizada ya que, en rigor, el banco garante no responde por una deuda ajena, sino por una obligación propia que asume directamente.

El hecho que origina la exigibilidad de la obligación de pago al garante no es propiamente el incumplimiento del deudor, sino la notificación de este incumplimiento al garante, acompañada de los requisitos que se hayan pactado al efecto, en su caso. Una vez recibida la reclamación del beneficiario, el banco debe pagar de manera inmediata.

Por ello estas garantías carecen del carácter accesorio propio de, por ejemplo, la fianza, y la obligación garantizada no juega el papel de obligación principal, por lo que sus vicisitudes no afectan a la garantía.

La garantía es también independiente de la relación existente entre el ordenante y el garante, de modo que este no puede alegar el incumplimiento del ordenante (por ejemplo si no cumple su obligación de pagar las comisiones pactadas o la de proveer de fondos al garante) para evitar el pago de la garantía en el caso de que esta sea reclamada.

B) Inoponibilidad de excepciones derivadas de la obligación garantizada

Esta característica es consecuencia de la anterior. El garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las derivadas de la garantía misma, de acuerdo con su

⁷ R. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, 3ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 2004, p. 230.

⁸ D. GÓMEZ / F. MARQUÉS, *La banca en el Comercio Internacional*, Madrid, ESIC Editorial, 2006, pp. 195-197.

redacción y contenido y, sobre todo, de los requisitos exigidos en la propia garantía para su ejecución.

Estas excepciones tienen el carácter de ser literales, puesto que resultan del propio texto de la garantía, y que sí pueden ser opuestas por el garante a la reclamación del beneficiario. Entre ellas podemos mencionar la circunstancia en que la reclamación se presente en forma distinta a la requerida; fuera del plazo de caducidad de la garantía; que no se acompañen los documentos exigidos (garantía a primera demanda documentaria); o que se reclame el pago en moneda distinta a la especificada en la garantía.

En cuanto a la relación garante-ordenante, nos encontramos frente a la aplicación del principio *solvet et repete* (paga y después reclama). El garante queda obligado a pagar en los términos acordados en el texto de la garantía, con independencia de que luego pueda reclamar a su vez al ordenante el reembolso de las cantidades pagadas. Sin embargo, esta regla tiene un valor sustancial, de suerte que el garante que ha pagado al beneficiario sigue sin poder oponer a este las excepciones derivadas de la relación subyacente. Por tanto, deberá dirigir su excepción contra el ordenante de la garantía, y solo éste podrá accionar contra el beneficiario basándose en la relación contractual garantizada.

De este modo se busca la máxima protección del acreedor, que de esta forma obtiene, no solo una mayor seguridad de que su crédito será satisfecho (por el deudor o el garante), sino además una mayor efectividad de la garantía, de modo que el eventual incumplimiento de la obligación garantizada no le origine inconveniente o incomodidad de ninguna clase.

3. La Garantía a primera demanda documentaria

Ahora bien, es importante hacer mención de la garantía a primera demanda documentaria. A diferencia de las garantías a simple demanda, donde el pago queda condicionado únicamente a la existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario que respete las condiciones establecidas en la garantía y el plazo de validez fijados en la garantía concedida, “la garantía a primera demanda documentaria es aquella cuyas condiciones exigen al beneficiario presentar al garante determinados documentos o certificaciones, reforzando la reclamación fundamentada en la garantía” (Camacho, 1994, p. 54).

Autores como Gavalda y Stoufflet sostienen que el documento fortalece su carácter independiente, ya que el garante no tendrá que tratar con hechos, sino sólo con documentos, puesto que en la mayoría de los casos aquél será un banco o aseguradora, los cuales, normalmente, sólo tratan con documentos⁹.

Este carácter documentario se extiende también a las condiciones de entrada en vigor, a las de extinción y a las de reducción del importe de la garantía. Así, la entrada en vigor de la garantía será determinada por el garante a la vista de los documentos especificados en la garantía, si la condición se ha cumplido. La extinción dependerá de la presentación de determinados documentos. En cuanto a la reducción del importe, las

⁹ C. GAVALDA / J. STOUFFLET, “La lettre de garantie internationale”, *Revue Trim. Droit. Comm. Et Droit Ec.*, t. XXXII, 1980, p. 13.

Reglas uniformes sobre garantías a demanda, elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional, determinan que esto se podrá realizar cuando se entregue un documento específico. Se trata, pues, de garantías pagaderas “a demanda”, como su nombre indica, pero no sólo a primera demanda o requerimiento, pues esta clase no sólo incluye las garantías pagaderas a la presentación de una reclamación escrita por el beneficiario, sino que “pueden ser también exigibles sobre el incumplimiento del contrato garantizado o declaraciones escritas de terceros que pongan de relieve esto”¹⁰.

4. Partes intervinientes en la Garantía a primera demanda

De las definiciones dadas al inicio del presente trabajo queda claramente indicada la relación triangular que se produce entre los principales actores de esta figura: el ordenante, el banco y el beneficiario.

Veamos entonces cual es el papel de cada una de estas partes intervinientes en la garantía:

- El Garante (generalmente un banco o entidad financiera): es la persona que emite la garantía, obligándose a pagar en los términos contenidos en la promesa de pago.
- El Ordenante: es la persona por cuya cuenta y bajo cuya responsabilidad e instrucciones se emite la garantía, generalmente el deudor de la obligación subyacente.
- El Beneficiario: es la persona a favor de quien se establece la garantía independiente y quien tiene el derecho a reclamarla en su caso, usualmente el acreedor de la obligación subyacente.

Sin embargo, esta relación tripartita se complica de forma casi inevitable por la naturaleza internacional de esta garantía, que normalmente obliga al banco emisor a utilizar otros bancos. Estos son sus corresponsales en el país del beneficiario, a los que designa para avisar, aceptar, pagar, negociar o confirmar la garantía emitida. Entonces, toda esta cadena de relaciones genera obligaciones entre los bancos intervinientes que responden a los compromisos de asumen como corresponsales mutuos, a su vez definidos en los acuerdos que los ligan para prestarse servicios¹¹.

5. Naturaleza jurídica. Comparación con figuras afines

La garantía a primera demanda es producto de la libertad de contratación, que se ha impuesto por el uso y ha sido reconocida por la jurisprudencia¹². Sin embargo su naturaleza autónoma y abstracta todavía es discutida, sobre todo por su semejanza con figuras como el aval o la fianza, por lo que, para poder entender un poco mejor a la garantía a primera demanda, es conveniente compararla con algunas figuras afines.

¹⁰ S. SERRANO ESCRIBANO, “La garantía a primera demanda”, *Cuadernos de estudios empresariales*, n° 9, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1999, pp. 187 y 288.

¹¹ L. MOLINA MARTÍNEZ, *El crédito documentario y sus documentos*, Madrid, FC Editorial, 2002, pp. 112-113.

¹² “*Compañía Española de Seguros de Crédito y Caución S.A. c. Lubricantes del Sur, S.A.*”; “*Compañía General de Tabacos de Filipinas S.A. c. Catalanian Overseas Investments S.A.*”.

Primeramente, la garantía a primera demanda, al ser abstracta, presenta semejanzas con el aval, porque, por ser este último una típica garantía cambiaria, genera una obligación autónoma respecto del tercero de buena fe. No obstante, el aval siempre se halla vinculado a una obligación cambiaria, en tanto que la garantía a primera demanda puede vincularse con otros tipos de prestaciones.

En cuanto a su relación con la fianza, la diferencia fundamental se encuentra en el terreno de la accesoriedad, dado que esta cualidad no se presenta en la relación garante-beneficiario de la garantía a primera demanda, que resulta independiente respecto del contrato base cuyo cumplimiento se garantiza, a diferencia de la fianza, que es accesoria al contrato u obligación que garantiza.

También se relaciona con el crédito documentario, a tal punto que en Estados Unidos son consideradas como especie de un mismo género, porque su mayor semejanza se centra en la independencia de la obligación que asume el banco respecto del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Por lo tanto, las diferencias entre una y otra se encontrarán en los hechos, porque, mientras el crédito documentario se utiliza como modalidad de pago para garantizar operaciones de compraventas internacionales de mercaderías, la garantía a primera demanda puede ser pactada para asegurar prestaciones de las más diversas (compraventa de mercaderías, contratos de construcción, fusiones y adquisiciones de empresas, etc.). Por otra parte, cabe señalar que la garantía a primera demanda permite la posibilidad de actuación de un banco o de una empresa, en cambio el crédito documentario es una operación propia de la actividad bancaria.

Por último, también se ha planteado la relación que las garantías a primera demanda tienen con el seguro y, fundamentalmente, el “seguro de caución”, y se ha concluido que las diferencias provienen de las particularidades técnicas y jurídicas propias de los contratos de seguros, particularidades que no se presentan en las garantías a primera demanda.

III. Legislación aplicable

1. La *lex mercatoria* como derecho aplicable

Es muy importante definir el derecho que rige a las garantías independientes, puesto que estas son concebidas como una especie de contrato. Es por esto que toda la problemática relativa al derecho aplicable a las garantías se subsume en la problemática general del derecho aplicable a los contratos, con las particularidades de cada caso.

De esta manera surgen entonces dos posibilidades: a) que las partes del contrato de garantía hagan uso de la autonomía de la voluntad; o b) que guarden silencio respecto de la elección del derecho aplicable.

A) Autonomía de la voluntad

Por medio de la autonomía de la voluntad, las partes de un contrato internacional están facultadas a elegir el derecho nacional aplicable a su relación jurídica, o bien incorporar al contrato cláusulas creadas o elaboradas por las propias partes.

Por lo tanto, se estima que las partes, por medio de la autonomía de la voluntad, están facultadas a elegir como derecho rector de su contrato a la *lex mercatoria*. Las partes de un contrato pueden elegir como aplicable, no ya un derecho nacional de un país determinado, sino un derecho transnacional, un derecho de creación no estatal, sino consuetudinaria.

Como ejemplo, las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (ICC Publication n° 458) brindan esta posibilidad. Estas reglas son generalmente elegidas para regir el contrato de garantía a primera demanda, y que forman parte del contenido de la *lex mercatoria*.

En conclusión, es perfectamente factible la posibilidad de las partes de un contrato de garantía de hacer regir el contrato por cláusulas materiales propias, o bien elegir, por ejemplo, las Reglas Uniformes de la CCI.

B) Ausencia de determinación del derecho por las partes

Ante la ausencia de autonomía de la voluntad de las partes, debería recurrirse a las normas de conflicto subsidiarias, para determinar el derecho aplicable a una garantía. Y ante la carencia de normas específicas que regulen este contrato, se hace necesario utilizar las normas de conflicto generales en materia de contratos.

Sin embargo cabe preguntarse si es posible, antes que recurrir a las normas de conflicto, optar por regular el contrato de garantía por otro tipo de fuente del derecho, esto es, por normas consuetudinarias.

La respuesta es positiva. El juez que deba determinar el derecho aplicable a la garantía internacional puede, o mejor, debe, recurrir a la costumbre jurídica transnacional, o a la nueva *lex mercatoria*, y aplicarla aun sin elección expresa por las partes. No obstante surge otra cuestión, casi inmediatamente: el fundamento de aplicabilidad de la norma consuetudinaria por sobre la norma legal, en el caso de concurrencia.

El doctrinario Héctor Alegría nos explica que “en situaciones no regladas legalmente, se debe recurrir a la costumbre”; y considera que, por ejemplo “las Reglas Uniformes constituyen una manifestación de la costumbre jurídica internacional”¹³.

¹³ H. ALEGRÍA, “Regulaciones y usos argentinos en materia de cartas de crédito para el comercio internacional”, en: *UNCITRAL y el futuro del derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 158-161.

Desde una perspectiva del derecho internacional privado, Harold Berman sostiene que la *lex mercatoria* configura un supuesto de costumbre jurídica; de manera más incisiva, el doctrinario argentino Boggiano admite que en algunos casos se puede considerar a la “*lex mercatoria* como costumbre jurídica”¹⁴.

Desde la teoría general del derecho, tanto Goldschmidt como Nino consideran que “ante un conflicto entre la norma legal y la consuetudinaria, prevalece siempre la última”¹⁵.

C) La problemática de las normas de orden público

Lo dicho precedentemente es aplicable a los contratos internacionales en general, es decir, que estos pueden ser regulados tanto por la autonomía de la voluntad de las partes, como por el derecho consuetudinario o *lex mercatoria*.

Ahora bien, es necesario preguntarnos si la *lex mercatoria* es un auténtico sistema jurídico, independiente de los derechos nacionales, o si en definitiva depende de los sistemas jurídicos nacionales.

Los críticos de la doctrina de la *lex mercatoria* sostienen que esta encuentra límites muy definidos al momento de tener que ejecutar las obligaciones derivadas de un contrato internacional. Es decir, aun cuando un contrato pueda ser regulado por la *lex mercatoria*, si es necesario recurrir a un juez nacional para su ejecución, este juez deberá controlar que el derecho aplicable al contrato no viole los principios de orden público del Estado donde pretenda hacerse valer.

Sin embargo, este límite puede extenderse, en el entendimiento de otros autores, al establecer las partes que, en caso de disputas entre ellas relativas al contrato de garantía, la solución de las mismas se someta a arbitraje internacional. Y los árbitros, al no ser representantes del Estado, se sienten menos comprometidos a contrastar el contenido de la *lex mercatoria* con el contenido del derecho estatal.

Citando más una vez a Goldschmidt, el mismo ha denominado a esta posibilidad “autonomía universal”, ya que el contrato no estaría sujeto, en principio, a ningún orden jurídico estatal¹⁶.

Aun así, sin perjuicio del laudo dictado por el árbitro internacional basado en la *lex mercatoria* que regía el contrato, si la parte vencida es reticente a cumplir voluntariamente el laudo, la parte vencedora no tendrá otra alternativa que recurrir al juez nacional para que ejecute el laudo, y ahí sí, de manera indefectible, el juez nacional realizará el control de orden público.

En definitiva, al carecer la *lex mercatoria* y el arbitraje internacional de la posibilidad de uso de la fuerza, legítimamente reservada al Estado, la primera no sería propiamente un sistema jurídico, y en última instancia dependería siempre del sistema jurídico nacional.

¹⁴ A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, pp. 65-66.

¹⁵ W. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 249.

¹⁶ W. GOLDSCHMIDT, “La autonomía de la voluntad intra y supra positiva”, *LL*, t. 148, p. 1268.

2) La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y cartas de crédito contingente

En vista a que el presente punto trata sobre la legislación aplicable a las garantías a primera demanda, resulta importante hacer una breve mención a la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y cartas de crédito contingente (Nueva York 1995), la cual entró en vigor el 1º de enero del año 2000.

Sin embargo la misma no ha tenido mucho éxito, si se juzga por el número de ratificaciones o adhesiones: apenas ocho países para diciembre de 2006 (Belarus, Ecuador, El Salvador, Gabón, Kuwait, Liberia, Panamá y Túnez. Los EE.UU. son firmantes pero no se han adherido ni ratificado). El aparente fracaso de esta convención ha sido objeto de observaciones, como por ejemplo, la naturaleza imperativa de sus normas, en oposición al carácter dispositivo de las reglas uniformes de la CCI; y el establecimiento de un sistema general uniforme inadecuado para la variedad de garantías independientes y para la carta de crédito contingente.

Esta Convención es aplicable a las garantías a primer requerimiento internacionales si el establecimiento del garante se encuentra en un Estado contratante o si las normas de derecho internacional privado conducen a la aplicación de la ley de un Estado contratante, a menos que el texto de la garantía excluya expresamente la aplicación de la convención (artículo 1).

También se aplica a las “cartas de crédito contingentes” (*standby letters of credit*) internacionales, si se dan las mismas circunstancias.

La Convención agrupa tanto a la garantía como a las cartas de crédito en el concepto de promesa independiente, que define, en su artículo 2, como “una obligación independiente, asumida por un banco u otra persona (garante), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y condiciones documentarias de la obligación, debiéndose el pago en razón del incumplimiento de una obligación o por otra contingencia”.

Siguiendo el análisis de la presente Convención, los artículos 3 y 4 determinan cuando una promesa es independiente (autonomía respecto del contrato subyacente) e internacional (las partes deben estar situadas en Estados diferentes).

También las contragarantías están incluidas en el concepto de “promesa” (artículo 6, literal “c”), que tienen como objetivo fundamental otorgar una cobertura jurídica a la responsabilidad patrimonial que asume el garante a consecuencia del otorgamiento de una garantía por cuenta de un tercero, es decir, busca proteger patrimonialmente al garante.

De esta manera, la presente Convención constituye una poderosa herramienta que poseen los operadores del comercio internacional, siendo esta convención un instrumento para la seguridad jurídica y uniformidad legislativa material relativa a la garantía a primer requerimiento.

3) Las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las Garantías a primer requerimiento (URDG por sus siglas en inglés: *Uniform rules for demand guarantees*)

Otro cuerpo normativo uniforme muy importante (ya citado precedentemente) a tener en cuenta al momento de contratar una garantía a primera demanda son las URDG.

Las mismas son aplicables a las garantías independientes a primer requerimiento y también a las contragarantías (garantías emitidas por el contra-garante para el pago de una suma de dinero al garante que se obliga a la garantía. En términos más sencillos, es el garante del garante). En cuanto a las cartas de crédito contingentes, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y cartas de crédito contingente, las URDG no son aplicables a las cartas de crédito contingente, quedando la misma regida por los usos internacionales relativos a los créditos contingentes.

Estas reglas contienen normas relativas a las formalidades prescriptas para la formación de un contrato de garantía a primer requerimiento, como son la forma de emitirse (forma escrita), las menciones que debe necesariamente tener, la entrada en vigor, la forma y el análisis de la reclamación hecha por el beneficiario, la extinción de la garantía y, sobretodo, el derecho aplicable y la jurisdicción competente.

Cabe resaltar esta última disposición, relativa a la ley aplicable y jurisdicción competente para desarrollarla brevemente.

La ley aplicable a las garantías a primer requerimiento es, en primer lugar, la que las partes acuerden en el propio texto de la garantía. En su defecto, y según el art. 27 de las URDG, la ley aplicable será la del lugar del establecimiento del garante, y si el garante tiene más de un establecimiento, la que se aplique en el lugar de la sucursal o establecimiento que haya emitido la garantía.

En cuanto a la jurisdicción, lo normal es que el garante y el beneficiario se sometan expresamente a un foro determinado para la resolución de las controversias a que pueda dar lugar la garantía, como por ejemplo, la jurisdicción arbitral, en vista a que nos encontramos ante un contrato internacional. A falta de pacto, el art. 28 de las URDG dispone que los litigios sean resueltos por los tribunales competentes del país del establecimiento del garante o, si tiene más de uno, los del país de la sucursal que haya emitido la garantía.

IV. Las garantías a primera demanda y la cláusula arbitral del contrato principal

Sin perjuicio de la posibilidad de incluir una cláusula arbitral en el contrato de garantía a primera demanda, existe también la posibilidad de que el contrato principal posea una cláusula arbitral. En este supuesto, diversas cortes han sostenido que el acuerdo de arbitraje del contrato principal (suscrito entre el deudor y el acreedor) no afecta al garante que ha otorgado una garantía a primera demanda. Esta afirmación se sustenta en la naturaleza jurídica de la garantía a primera demanda, la misma que la caracteriza como un contrato “autónomo” e “independiente” y por tanto libre de cualquier vínculo con las obligaciones

del contrato principal. En este sentido, el doctrinario Bernard Hanotiau ha señalado que el acuerdo de arbitraje del contrato principal “no puede tener ninguna influencia en la ejecución de la garantía a primera demanda”¹⁷.

Un ejemplo interesante de la no aplicación del acuerdo de arbitraje del contrato principal a la garantía a primera demanda se dio en el caso “*CSEE vs. BNP*”. En dicho caso, las cortes francesas dispusieron que el acuerdo de arbitraje del contrato principal no puede aplicarse a la garantía a primera demanda porque la “independencia” de la garantía la hace un contrato separado del contrato principal. Además, las cortes francesas sostuvieron que la naturaleza autónoma de la garantía a primera demanda hace que el vínculo entre ella y el contrato principal sea mínimo debido a que su ejecución no depende del cumplimiento o no del deudor.

Cabe advertir que situaciones como la del ejemplo citado *supra* pueden ser evitadas mediante la inclusión de cláusulas arbitrales concordantes tanto en el contrato principal como en la garantía. De ser así, el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI (2012) brinda una “ayuda”, ya que conforme su artículo 9, las demandas que surjan de, o en relación con más de un contrato, podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo dicho reglamento.

V. Conclusiones

En el comercio internacional, el riesgo está siendo considerado un factor de creciente importancia y preocupación. Como fue expresado en el inicio de esta monografía, las transacciones comerciales internacionales tienden al crecimiento, y las inversiones son cada vez mayores. Así, una característica particular del comercio hoy en día es la expansión global. Una empresa constructora británica y otra alemana pueden realizar conformar un *joint venture*, en la que otras compañías pueden tener intereses financieros, para la construcción de un aeropuerto en Sudáfrica, contratando además equipamiento técnico de proveedores franceses u holandeses.

Por más exagerado que pueda parecer el ejemplo, la realidad es que este tipo de transacciones comerciales se dan hoy en día. Son transacciones grandes, internacionales, y muy complejas, y normalmente conllevan un periodo de tiempo considerable, resultando esto en la posibilidad de que ocurran varios eventos que impidan su realización.

Para asegurar estas transacciones fue creada la garantía a primera demanda. Como vimos, sus principales características, la independencia e irrevocabilidad, y además su carácter internacional, brindan una mayor seguridad a las partes al momento de suscribir contratos internacionales de gran envergadura, sobre todo al beneficiario de la garantía, pues la emisión de la misma significa que el ordenante posee una solvencia económica que

¹⁷ B. HANOTIAU, “Arbitration and Bank Guarantees – An illustration of the issue of consent to arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes”, *JLA*, vol. 2, n° 16, 1999, p. 16.

puede asegurar la transacción, ya que el mismo debe tener con el banco garante una línea de crédito suficiente para poder solicitar la emisión de la garantía.

Tal es la importancia de esta garantía que, en ciertos convenios internacionales de gran complejidad, tales como compraventa de mercaderías, construcciones (terrestres y navales), fusiones y adquisiciones de empresas para nombrar algunas, la emisión de una garantía a primer requerimiento es casi obligatoria, por no decir que se la hace por defecto.

VI. Anexo

Cláusula modelo estableciendo la obligación de una de las partes a emitir una garantía a primera demanda a favor de la otra.

A continuación, un modelo de cómo las partes de un contrato de construcción pueden pactar la emisión de una garantía a primera demanda documentaria:

Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones el Constructor se compromete a solicitar la emisión de un aval bancario a primera demanda, en virtud del cual el banco se comprometa al pago de la cantidad de US\$ 30.000.000 (DOLARES AMERICANOS TREINTA MILLONES) al Propietario, que deberá figurar como beneficiario de dicha garantía.

Para la ejecución de la garantía será precisa la presentación de una solicitud de pago, junto con un documento acreditativo del incumplimiento del Constructor. El incumplimiento del constructor podrá acreditarse mediante una declaración del Ingeniero Consultor, o bien una declaración del Comité de Adjudicación de Disputas a los que se refieren las condiciones generales aplicables al presente contrato.

VII. Referencias bibliográficas

- ALEGRIA, H. “Regulaciones y usos argentinos en materia de cartas de crédito para el comercio internacional”, en: “*UNICITRAL y el futuro del derecho comercial*”, Buenos Aires, Depalma, 1994.
- BERTRAMS, ROELAND I. V. F., *Bank Guarantees In International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, 3ª ed., La Haya, Kluwer Law International, 2004.
- BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado*, t. II, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- CALVO CARAVACA, A. / BLANCO-MORALES, P., *Las Garantías Contractuales*, Civitas, Madrid, 1997.
- CAMACHO DE LOS RIOS, J., “Interpretación de las clausulas a primera demanda en los contratos mercantiles”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n° 54, 1994.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, España, Eurolex, 1996.

- FONT GALAN, J.I., *Los contratos mercantiles de garantía*, *Derecho Mercantil*, coordinado por Jiménez Sánchez, vol. II, Barcelona, España, Ariel Derecho, 1997.
- GAVALDA C., STOUFFLET J., “La lettre de garantie internationale”, *Revue Trim. Droit Comm. Et Droit Ec.*, t. XXXII, 1980.
- GOLDSCHMIDT, W., *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- GOLDSCHMIDT, W., “La autonomía de la voluntad intra y supra positiva”, *LL*, t. 148.
- GÓMEZ D. / MARQUES Z., F., *La banca en el comercio internacional*, Madrid, ESIC Editorial, 2006.
- GOODE, R., *Guide to the I.C.C. uniform rules for demand guarantees*, Paris, International Chamber of Commerce, 1992.
- HANOTIAU, B., “Arbitration and Bank Guarantees – An Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract-Multiparty Disputes”, *Journal of International Arbitration*, n° 16, vol. 2, 1999.
- HORN, N. / WYMEERSCH, E., *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- ILLESCAS, R. / PERALES V., P., *Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
- MARTINEZ CALCERRADA, G., *El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencial del Tribunal Supremo*, La Ley, 1992.
- MOLINA MARTINEZ, L., *El crédito documentario y sus documentos*. Madrid, FC Editorial, 2002.
- RUIZ DE VELAZCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2007.
- SACRISTAN BERGIA, F., *El contrato de contragarantía (En el ámbito de las garantías bancarias autónomas a primera demanda)*, Madrid, Duckinson, 2006.
- SERRANO ESCRIBANO, S., “La garantía a primera demanda”, *Cuadernos de estudios empresariales*, n° 9, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1999.

Contaminación transfronteriza: desregulación y conflicto social

María Lucila REYNA*

Resumen

La contaminación esparcida de manera transfronteriza se constituye como un riesgo ambiental global. Lo que caracteriza esta época es la decisión sobre el riesgo, es decir su gobierno. Existe una carencia normativa a nivel americano, lo que dificulta el acceso a la justicia de parte de la sociedad, y por lo tanto el gobierno de ese riesgo ambiental. En materia decisoria con respecto a estos riesgos, está desvinculada de un proceso reglado y delegada a la libertad de inversión de las empresas. La consecuencia de esta ausencia en el ámbito del derecho internacional americano constituye un obstáculo para alcanzar soluciones para el caso, con la consecuencia de contribuir al aumento de la conflictividad social en la región.

Abstract

The spread contamination across borders is established as a global environmental risk. What characterizes this period is the decision about risk, i.e. government. There is lack legislation to American level, hampering access to justice on the part of society, and therefore the government of the environmental risk. In determining matters regarding these risks, is unrelated to a process regulated and delegated to freedom of business investment. The consequence of this absence in the field of American international law constitutes an obstacle to achieving solutions to the case, with the consequence contribute to increased social unrest in the region.

Registro bibliográfico

REYNA, María Lucila, "Contaminación transfronteriza: desregulación y conflicto social", *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp.129-146.

Descriptores/describers

- contaminación transfronteriza, riesgo, responsabilidad civil, conflicto social
- transboundary pollution, risk, civil liability, social conflict.

* Mg. en Derecho Ambiental y Urbanístico por la Université de Limoge. Docente de Derecho Internacional Privado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.

Sumario: I. Introducción. II. Contaminación transfronteriza: 1. Regulación de la Responsabilidad civil en foros de codificación universales en materia de contaminación transfronteriza. 2. Regulación de la responsabilidad civil en foros de codificación americanos en materia de contaminación transfronteriza: A) Ámbito interamericano. a) Organización de los Estados Americanos. B) MRCOSUR. III. Estudio de caso: Pasteras uruguayas. 1. Normativa internacional aplicable al caso. 2. Cronología del caso. IV. Aproximaciones finales. V. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

La problemática de la contaminación transfronteriza es una preocupación de todo el globo, vemos casos como la nube de Chernobyl, que afectó a la mayoría de los países europeos y llegó a registrarse efectos en los Estados Unidos, los derrames de petróleo del buque Prestige asolaron las zonas costeras de Portugal, Francia y España, y para pensar desde nuestro hemisferio, el tema de la Pastera Botnia.

Podemos decir entonces, que la contaminación esparcida de manera transfronteriza se constituye como un riesgo ambiental global. Esta producción de riesgos globales es pensada por autores como Ulrich Beck como una manifestación de lo que él denomina la “sociedad del riesgo global”. Ésta se caracteriza por considerar que la producción social de riquezas va acompañada, indefectiblemente, por la producción de riesgos. El surgimiento de la Sociedad del Riesgo global se ve enmarcado en un proceso que él califica de modernidad reflexiva, en el cual la misma modernidad se toma como tema y problema y por lo tanto se autoanaliza. “La sociedad del riesgo pensada hasta sus últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global. Pues sus principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo”¹. Dentro de esta modernidad reflexiva la ciencia cumple un nuevo rol. Ésta no es más creadora de certezas, sino de riesgos. Este papel que juega la ciencia frente a la sociedad se resume en el siguiente párrafo “(...) *Citizens feel themselves ‘at risk’ from science-based social and technological developments. For example, the recent crises in European countries over BSE and GMOs have seriously undermined public confidence in scientific expertise(...)*”². Es, en base a esta reflexión, que consideramos, al igual que Beck, que lo que caracteriza esta época es la decisión sobre el riesgo, es decir su gobierno.

Estos riesgos provenientes de la modernidad reflexiva se diferencian esencialmente por la globalidad de sus amenazas y por sus causas modernas. Además, suelen permanecer invisibles a la percepción, “se basan en interpretaciones causales, por lo que sólo se establecen en el saber científico o anticientífico de ellos, y en el saber pueden ser transformados, ampliados o reducidos, dramatizados o minimizados, por lo que están abiertos en una medida especial a los procesos sociales de definición.”³. Es decir que la percepción social del riesgo está mediada por la ciencia, y, a su vez es la misma ciencia la

¹ U. BECK, “*La Sociedad del Riesgo Global*”, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 37.

² M. PIMERT, /T. WAKEFORD. “Overview- deliberative democracy and citizen empowerment”, *Participatory Learning Action, notes 40*, acceso disponible en: http://www.planotes.org/documents/plan_04005.pdf, p. 2.

³ U. BECK (nota 1), p. 45.

que produce esos nuevos riesgos. Existe, una democratización del riesgo, aunque se vean beneficiados unos pocos con las ventajas que ellos acarrear, a esto nos referimos cuando hablamos de globalidad de las amenazas.

Se hace hincapié entonces fundamentalmente en la gestión política de la ciencia y la tecnología. La confianza en el progreso continuado de la ciencia, como idea madre de la sociedad denominada Industrial, da paso a la concepción de que la misma también es productora de incertezas. La profesora Marie-Angel Hermitte⁴ ejemplifica esta afirmación, al igual que Pimert y Wakeford, con el conflicto sanitario surgido con el mal de la vaca loca, o también podemos agregar, yendo hacia más atrás, la crisis surgida a fines de los 50' principios de los 60' con el medicamento Thalidomida, que produjo malformaciones en fetos. Vemos entonces que la ciencia también produce riesgos que debemos gobernar. La cuestión entonces estaría en encontrar mecanismos de gobierno de esos riesgos.

Una de las herramientas que contribuyen al gobierno de los riesgos globales, son las convenciones internacionales que facilitan el acceso a la justicia de los ciudadanos con el objeto de prevenir, mitigar o reparar, en última instancia, las consecuencias de los riesgos globales.

En el caso de análisis, la contaminación transfronteriza, existe una carencia de normas a nivel americano, lo que dificulta el acceso a la justicia de parte de la sociedad.

En materia decisoria con respecto a estos riesgos, está desvinculada de un proceso reglado y delegada a la libertad de inversión de las empresas.

El caso de estudio, podría acarrear un conflicto privado por daños causados a la salud y al ambiente, y de hecho generó un conflicto social y político entre Argentina y Uruguay. Es en base a lo expresado que consideramos como hipótesis de trabajo que la ausencia de regulación en el ámbito del derecho internacional americano del supuesto de contaminación transfronteriza constituye un obstáculo para alcanzar soluciones aptas para el caso, con la consecuencia de generar mayor conflictividad social en la región.

II. Contaminación transfronteriza

La contaminación transfronteriza la podemos definir, tal y como lo hace el principio 22 de la Declaración de Estocolmo y el Principio 13 de la declaración de Río, como los “Daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de un Estado causan a zonas situadas fuera de su jurisdicción”. En el siguiente punto se tratará el tema de la responsabilidad civil por daños ocasionados por contaminación transfronteriza, que se diferencia de la responsabilidad netamente ambiental. La distinción de uno y otro es que el primero es parte de la responsabilidad civil, y se centra en la indemnización de víctimas de un daño, mientras que el segundo responde al Derecho internacional, y su objetivo es la protección del medio ambiente. Ambas cuestiones muchas veces se confunden en los instrumentos internacionales.

⁴ M.A. HERMITTE, “Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo”, en: AAVV, *“El gobierno de los Riesgos”*, Santa Fe, Ediciones UNL, 2007, p. 25.

En adelante trataremos los distintos instrumentos convencionales que regulan la problemática de la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza en el ámbito universal y regional.

1. Regulación de la responsabilidad civil en foros de codificación universales en materia de contaminación transfronteriza

Tal como afirma el Prof. Juste Ruiz, la forma de regulación del medio ambiente en el ámbito internacional sigue siendo sectorial, es por eso que en lo relativo a la Responsabilidad civil internacional no se ha logrado regular de manera genérica el tema de la contaminación transfronteriza. Aunque existen ciertos daños que han sido regulados a través de diferentes instrumentos convencionales, como puede ser el daño nuclear, daños por derrames de hidrocarburos, y en materia de desechos, por ejemplo.

Según P. Sands, la regulación en materia de responsabilidad civil posee la siguiente estructura similar en todos los casos:

- “1. Define the activities or substances covered;
2. Define the damage (to persons, property and the environment);
3. Channel liability;
4. Establish a standard of care (usually strict liability);
5. Provide for liability amounts;
6. Allow exonerations;
7. Require the maintenance of adequate insurance or other financial security;
8. Identify a court or tribunal to receive the claims; and
9. Provide for the recognition and enforcement of judgments”.

Es en este tipo de daños que las vías para inhibirlo son esenciales, ya que el daño ambiental es un tipo de daño en el que no es sencillo volver al estado anterior a la ocurrencia del mismo. Además su complejidad reside en que, como expresa el Prof. Néstor Cafferatta es un daño bifronte, por un lado afecta intereses individuales y además supraindividuales o llamados ecológicos per sé.

Para el tema de la responsabilidad por daños al medioambiente, la Bureau permanente de La Haya en 1992 estimó que deberían ponerse en agenda la realización de una conferencia que contuviera ese tema. A partir de allí es que se realizaron varios documentos al respecto. En 1994, se redactó en Osnabruck el documento denominado “Hacia una Convención de Derecho internacional privado sobre daño ambiental”. “Concluyeron que una posible convención de La Haya debía tener un enfoque amplio e intentar la unificación no sólo de las cuestiones de la ley aplicable y jurisdicción competente, sino también de algunos aspectos procesales, así como la relación con otras convenciones relativas a la provisión de fondos de compensación y al problema del

seguro”⁵. Dentro de las diez reglas emitidas, entre las que se encuentra la ley aplicable y la jurisdicción, se encuentra la posibilidad de acciones colectivas, cuando el accidente o desastre ambiental ocasiona daños masivos, además del acceso a la información con el propósito de que, las víctimas potenciales del daño ecológico, pudiesen establecer el vínculo causal entre las emisiones contaminantes y sus efectos perjudiciales en el Estado vecino.

Finalmente el tema fue dejado de lado para futuros estudios, lo que constituye un retroceso en los trabajos realizados en la materia.

2. Regulación de la responsabilidad civil en foros de codificación americanos en materia de contaminación transfronteriza

A. Ámbito interamericano

En el ámbito interamericano no hay registros de ningún instrumento convencional que regula la problemática de la responsabilidad por daños causados por contaminación transfronteriza. Lo que si podemos observar es regulación genérica que se realiza de la responsabilidad extracontractual. Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889⁶ y 1940⁷, en los que Argentina es parte, regulan el supuesto de la responsabilidad extracontractual⁸, sin tener en cuenta supuestos específicos como el que es objeto de este estudio. Éstos optan por el criterio tradicional denominado *lex loci actus*, es decir “la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito que genera el daño o el perjuicio”. Por lo que esta ley sería aplicable, con independencia del tribunal que elijan las partes mediante la prórroga autorizada en el artículo 56 del Tratado de Montevideo de 1940 o bien, mediante el procedimiento de deducción de la jurisdicción del derecho aplicable, denominado *forum causae*, consagrado en ambos instrumentos. Por lo que si la partes no hicieron uso de la prórroga los tribunales competentes sería los del lugar a cuya ley está sujeto el acto materia de litigio, en este caso los tribunales del lugar donde se cometió el hecho, que para el caso en análisis no resulta conveniente, ya que obligaría a los afectados a litigar en el extranjero, sin facilitarles el acceso a la justicia.

En lo que respecta al Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado de 1928 (vigente en Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Salvador) regula también el supuesto, pero hace una distinción según se trate de obligaciones originadas en delitos o faltas, o de actos u omisiones en que exista culpa o negligencia no penadas por la ley⁹. En

⁵ C. FRESNEDO DE AGUIRRE, “Responsabilidad por hecho ilícito en el ámbito internacional con especial referencia a la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Recientes desarrollos y perspectivas para la convención regional en la materia”, *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 207.

⁶ Ratificado por Argentina por Ley número 3.192.- y por Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay

⁷ Ratificado por Argentina por Decreto-ley 7771- Decreto ley 468, y por Uruguay y Paraguay.-

⁸ Artículo 38 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y Artículo 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.-

⁹ Artículos 167 y 168 del Código de Bustamante.

el primero de los casos la responsabilidad estará sujeta al mismo derecho que rige donde la falta o delito se cometieron. En el segundo (cuando no están sancionadas específicamente) se regirán por la ley del lugar en que se incurrió la negligencia o culpa determinantes. En síntesis, el código establece que regirá el derecho de donde se produjo la actividad contaminante, aun cuando sus efectos dañosos se produzcan en otro estado.

Estados Unidos no es parte de ninguno de los convenios desarrollados, y es de destacar que cada uno de los Estados que forman parte de éste país contiene sus propias normas de conflicto. En el *Restatement 2nd Conflicts of Laws*, aprobado en 1971, no contiene ninguna norma especial en materia de contaminación ambiental, pero la regla 145 en lo que se refiere a hechos ilícitos establece como ley aplicable la del lugar que tenga “la relación más significativa” entre el hecho y las partes, entendiendo estos “contactos” que deben tomarse en consideración son: (a) el lugar en que ocurrió el daño; (b) el lugar donde se originó el hecho que produjo el daño; (c) el domicilio, residencia, la nacionalidad, el lugar de constitución social o el domicilio de negocios de las partes involucradas y (d) el lugar donde se centra la relación entre las partes.

Por otro lado, en Canadá, en la legislación de Quebec se consagra la teoría denominada de la ubicuidad, también para casos de responsabilidad extracontractual, “al establecer que la obligación de reparar el perjuicio causado a otro se rige por la ley donde ocurrió el hecho generador de aquél; pero si dicho perjuicio se manifiesta también en un Estado diferente, se aplicará el derecho de este último, si el autor debía haber previsto que el daño repercutiría allá. En todo caso, si el autor y la víctima tienen su residencia en el mismo Estado, será la ley de este último la que se aplique”¹⁰.

Entre E.E.U.U., México y Canadá existe el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dentro de esta organización funciona una comisión tripartita para la Cooperación Ambiental, que suscribió el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte (ACAAN). El mismo, en su artículo décimo dispone que, la Comisión examinará cuando proceda recomendar el otorgamiento de acciones a sujetos que teman sufrir o que hayan sufrido daños ambientales transfronterizos. En el documento en análisis, que transcribe Siqueiros, se estiman los supuestos de acceso transfronterizos a determinados recursos cuando: Acceso a los tribunales para reparar o prevenir daños medioambientales, por medio de acciones fundadas en el derecho civil o el derecho consuetudinario (*common law*), o basadas en recursos previstos en las leyes medioambientales. Entre ellos se incluyen procesos por daños y perjuicios, y acciones preventivas; Acceso a las medidas administrativas de los gobiernos relativas a la administración y aplicación de leyes medioambientales; Acceso a la revisión judicial de procedimientos administrativos en el área medioambiental.

Como diagnóstico final, esta comisión considera que existen obstáculos entre los tres países para el acceso a la justicia transfronteriza en materia de contaminación transfronteriza. Estos obstáculos pueden ser calificados en tres tipos: “(a) la regla de acción

¹⁰ J.L. SIQUEIROS. “La ley aplicable y jurisdicción competente en casos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, p. 191, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/2/art/art5.pdf>

local, (b) el ámbito territorial de aplicación de las leyes y (c) requisitos relativos a la residencia”¹¹.

Podemos observar entonces, que es necesaria una norma de tipo convencional que uniforme el derecho, para facilitar el acceso a la justicia en estos casos.

a) Organización de los Estados Americanos

A su vez, en el ámbito de OEA, durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado denominada CIDIP V (Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado) en Méjico, en 1994 se resolvió que recomendar a la Asamblea General que para la próxima convocatoria el tema a tratar sea el conflicto de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, delimitado a un ámbito específico. En el año 1998, durante la reunión de expertos se terminó de delinear el objeto de la CIDIP VI, estableciendo que la problemática a abordar era “conflicto de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables con respecto a la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza”. Según la Prof. Fresneda de Aguirre¹² la inclusión en la agenda de dicho tema tuvo la resistencia específica de la delegación de EEUU, esgrimiendo el argumento que este tema ya era tratado en el citado proyecto de la Conferencia de La Haya.

En el año 2000, la delegación uruguaya presenta el primer Anteproyecto de Convención. El mismo tenía como ámbito de aplicación los casos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza de un Estado parte, que cause daños en otro estado parte. Consideraba legitimados a las personas de carácter privado, afectadas en sus bienes o en su salud por la contaminación proveniente de otro Estado. En su artículo segundo enumera una serie de principios a tener en cuenta para la aplicación de la convención, alguno de ellos son:

- “Ninguno de los Estados parte podrá usar o permitir el uso de su territorio o de los espacios bajo su jurisdicción o control, de tal forma que pueda causar daños por contaminación ambiental a otro Estado parte, o a las personas o los bienes que se hallen dentro de éste o en los espacios bajo su jurisdicción o control” (Principio 21 de la Declaración de Estocolmo).

- Principio de contaminador pagador. (Principio 22 de Estocolmo y 13 de la Declaración de Río de Janeiro).

- “La autorización por un Estado parte a una persona física o jurídica para desarrollar una actividad con riesgo de originar contaminación transfronteriza, no eximirá de responsabilidad internacional ni a la persona autorizada ni al Estado autorizante”. “...Este principio esclarece que, independientemente de la titularidad del Estado sobre los bienes ambientales que se encuentran en su territorio, y la autorización que éste conceda a la explotación de los mismos, no exime de la responsabilidad en la que pudiera incurrir.

¹¹ J.L. SIQUEIROS (nota 10), p. 192.

¹² C. FRESNEDA DE AGUIRRE (nota 5), p. 209.

Con la anterior declaración se evita entrar a la regulación de la responsabilidad internacional del Estado, tema de estudio del DIP y, por tanto, fuera del mandato de la conferencia”¹³.

El artículo tercero del anteproyecto consagra algunas definiciones entre las que se destaca qué debe entenderse por contaminación transfronteriza como “la que se verifica cuando la contaminación ambiental irradie efectos nocivos fuera de los límites territoriales del estado parte donde tiene lugar el hecho generador, afectando bienes o personas situados en el territorio de otro Estado parte, o cuando el reclamado está domiciliado, tiene su residencia o domicilio comercial en un Estado parte distinto a los mencionados”¹⁴. Esta definición incluye el supuesto contemplado en el accidente de Bhopal, en donde se consideró responsable a la Union Carbide, por los daños sufridos en India por el accidente ocurridos en el mismo país, pero ese accidente químico, fue producido por una empresa, la Union Carbide, de capitales norteamericanos, por lo que el riesgo por los daños se transfieren al país exportador del capital.

En cuanto al derecho aplicable, el anteproyecto de convención expresa en su artículo quinto que: “La ley aplicable será, a opción del actor, la del estado parte: a) donde se produjo el hecho generador de la contaminación, b) donde se produjeron los daños reclamados”. Esta previsión trata de favorecer a la víctima, ya que ella debería elegir la ley que más la beneficie, a esta determinación de ley aplicable se la denomina “tesis de la ubicuidad”. Según Siqueiros, esta tesis exige que “se adopte a nivel convencional, un sistema de cooperación judicial eficiente entre los Estados, que permita un intercambio de información sobre el contenido y la aplicación de diversas leyes”¹⁵. Otra de las críticas que le realiza Siqueiros, es que no contempla el caso los daños se sufran en varios Estados, según este autor se daría la posibilidad del *law Shopping* a las víctimas.

Para Rodríguez Martínez¹⁶, todos estos inconvenientes señalados por Siqueiros se verían subsanados indicando que el juez que entienda en la causa determinará cuál es el derecho aplicable.

En cuanto a la jurisdicción competente, el Anteproyecto en su artículo 4 dispone que:

“Las personas físicas o jurídicas que hubieren sufrido daños por contaminación transfronteriza proveniente de otro Estado parte, podrán entablar acción civil reparatoria, a opción del demandante, ante los tribunales del Estado parte:

- a) donde se produjo el hecho generador de la contaminación,
- b) donde se produjeron los daños reclamados,
- c) donde el demandado o el demandante tienen su domicilio, residencia habitual o establecimiento comercial”.

¹³ E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, “La Contaminación Transfronteriza”, México, ed. Noriega, 2003, p. 226.

¹⁴ Artículo 3.2, del Anteproyecto.

¹⁵ J.L.SIQUEIROS (nota 10), p. 195.

¹⁶ E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (nota 13), p. 232.

Esta norma a consideramos apropiada a al principio de favorecer a la víctima en opciones para entablar la demanda, ya que aumenta las posibilidades de que ésta pueda someter su conflicto a la justicia.

Además, el Anteproyecto contiene en sus disposiciones generales, normas referidas a la no discriminación de extranjeros en fueros nacionales. Según Martínez Rodríguez y Siqueiros la importancia de la inclusión de esta norma es porque en las cortes norteamericanas y canadienses, impera “la regla de acción local” (también conocida como “la regla de Mozambique”), la cual exige que toda demanda relativa a una propiedad inmueble sea entablada únicamente en el lugar donde éste esté ubicado, por lo tanto, esta regla otorga la competencia al juez del lugar donde se produjo el hecho dañoso e impide demandar ante instancias judiciales del lugar donde se originó dicho daño, imponiendo así limitaciones para demandar ante sus tribunales nacionales cuando los bienes inmuebles afectados se encuentren fuera de su territorio. Como crítica podemos decir que se enrola en un tratamiento de la responsabilidad civil clásica, sin tener en cuenta tal como expresamos en párrafos anteriores, la tutela preventiva y la amplia legitimación necesaria para prevenir el daño ecológico per se.

Esta Convención finalmente no fue aprobada y se recomendó su estudio para una próxima CIDIP.

B. MERCOSUR

El bloque de integración denominado MERCOSUR, creado a través del Tratado de Asunción de 1991, en los que son miembros Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, no contiene entre sus directrices la protección ambiental, aunque hace referencia a ella en el preámbulo como instrumento para arribar al desarrollo económico anhelado. Luego, durante el encuentro de Las Leñas en 1992, se resuelve la creación de la Reunión Especializada en Medio Ambiente (REMA) con la función de detectar asimetrías políticas y legislativas que podrían entorpecer la armonización de políticas ambientales en el bloque. Esta reunión fue transformada en 2003, en el 6to Sub-Grupo de trabajo de MERCOSUR cuyo objetivo es dar herramientas técnicas al Grupo de Mercado Común (GMC) para la toma de decisiones. Las funciones que se le asignaron son: el estudio de restricciones no tarifarias, buscando su armonización o supresión; el establecimiento de reglas que aseguren condiciones de adecuada competitividad entre los Estados parte, incluyendo el análisis del costo ambiental y el costo total del proceso productivo; la elaboración de normas sobre adopción e implementación de la serie ISO 14.000, de gestión ambiental, con estudios sobre el impacto de su aplicación como factor diferencial de competitividad para productor originarios de MERCOSUR en el mercado internacional; la elaboración de un documento que, a partir de las diversas legislaciones del bloque, optimice los niveles de calidad ambiental en todos los Estados miembros, constituyendo un proyecto de instrumento jurídico de medio ambiente en el MERCOSUR; la creación de un sistema de información ambiental; y la creación de un sello verde MERCOSUR. Además, en el año 2003, se creó la Reunión de Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR, creando así

un órgano de carácter político y una instancia de nivel ministerial para el tratamiento de los temas ambientales.

Por otro lado, en el año 2004 entró en vigor el Acuerdo Marco que a grandes rasgos pretende coordinar las políticas ambientales y facilitar la consecución de sus objetivos a través de la cooperación. Específicamente, en lo que interesa al objeto de este estudio el Acuerdo Marco establece en su artículo sexto que:

“Los Estados parte profundizarán el análisis de los problemas ambientales de la subregión con la participación de los organismos nacionales competentes y de las organizaciones de la sociedad civil, debiendo implementar, entre otras, las siguientes acciones:...”) Estimular la armonización de las directrices legales e institucionales, con el objeto de prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en los Estados partes, con especial referencia a las áreas fronterizas”.

Ahora bien, dentro de la regulación ambiental antes desarrollada, no se ha desarrollado normativa internacional en este ámbito que trate el supuesto de daño producido por contaminación transfronteriza.

III. Estudio de caso: Pasteras Uruguayas¹⁷

1. Normativa internacional aplicable al caso

El Río Uruguay es un río fronterizo que está dividido longitudinalmente entre Argentina y Uruguay, su soberanía se encuentra regulada a través del Tratado de Límites entre Argentina y Uruguay del año 1961. Es a partir de ese tratado, en el que se establece la necesidad de celebrar un estatuto de utilización del Río, que en el año 1975 se celebra “Estatuto sobre la Navegación y Utilización de los Recursos Naturales del Río Uruguay”. Este instrumento encarga al armonioso entendimiento de los Estados vecinos, las cuestiones de la prevención de la contaminación, y los temas de conservación, utilización y explotación de los recursos naturales. Para cumplir con esta estipulación del Estatuto, es que se conforma la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU). Dentro de esta comisión se ha establecido una subcomisión destinada a monitorear la calidad de las aguas. Esta subcomisión en 1987, desarrolló un plan de monitoreo del río en áreas de plantas celulósicas, basado el “Programa de calidad del agua y control de la contaminación” (PROCON), que como una de las medidas adoptadas fue establecer estaciones de muestreo y observación en las orillas del Río Uruguay.

Además el estatuto prevé en su articulado un sistema de información, y de autorización de proyectos que alteren el Río.

¹⁷ Relato hecho a partir del artículo de Z. DRNAS DE CLÉMENT, “Problemas Ambientales en el Río Uruguay” y noticias periodísticas extraídas del archivo *on line* del Diario Argentino *La Nación*.

2. Cronología del caso

A fines del año 2002 el gobierno argentino tomó conocimiento de manera informal sobre la posible construcción de dos fábricas de pasta celulosa sobre la margen del Río Uruguay, en la ciudad de Fray Bentos, ciudad limítrofe con nuestro país. Es a partir de allí que Argentina solicita a Uruguay que le permita acceder a la información sobre el proyecto, a lo que Uruguay se niega, ya que las plantas de celulosa todavía no estaban autorizadas, porque las mismas no habían presentado la Evaluación de Impacto Ambiental.

En el mes de octubre de 2003, el gobierno uruguayo autoriza a la primera de las plantas, la planta de capitales españoles denominada ENCE. Es a partir de esta autorización que Argentina realiza un intercambio de notas diplomáticas, y luego convoca a una reunión extraordinaria de la CARU (Comisión administradora del Río Uruguay), en la que reclama a Uruguay dar inicio al mecanismo de consulta e información, previsto en el Estatuto del Río Uruguay.

Paralelamente a las negociaciones por vía diplomática, surge en Gualeguaychú (ciudad entrerriana limítrofe con Uruguay), un movimiento de protesta de vecinos de la ciudad. Este movimiento se autodenomina Asamblea ciudadana, y comenzó a funcionar en el año 2003, con el objetivo de recabar información acerca de la construcción de estas pasteras.

En el ámbito diplomático, en la reunión extraordinaria de la CARU, Uruguay presenta documentación que Argentina no considera suficiente como para poder estimar las consecuencias de la construcción de los dos emprendimientos, además de estimar que Uruguay no había cumplido con las obligaciones dimanantes del Estatuto. Es a partir de allí, que surge el conflicto, que comienza su curso a través primero de negociaciones directas. Las modalidades de las negociaciones fueron establecidas a inicios de 2004. El plan elaborado en marzo de 2004, no fue cumplido por el Estado uruguayo, autorizando en el intersticio la construcción de la segunda planta de capitales finlandeses llamada Botnia¹⁸.

En el año 2005, la Asamblea Ciudadana adquiere estado público cuando comienzan a cambiar su accionar. Durante las vacaciones de invierno de ese año¹⁹, comienzan a realizar cortes en la ruta que conecta nuestro país con Uruguay, lo cual hizo centrar la atención de la ciudadanía. Estos cortes se realizan con mayor asiduidad a partir de diciembre de ese mismo año. Para entonces, ya habían modificado su objetivo. La Asamblea pretende lograr la erradicación de BOTNIA y ENCE y su elemento de presión son los cortes de ruta.

Por otro lado, en mayo de 2005 se acordó entre ambas partes la conformación de un Grupo Técnico de Alto Nivel (GTAN), que tenía como objetivo buscar las posibles soluciones al diferendo. Antes de que el GTAN comenzara sus labores, Argentina en junio de 2005, hizo llegar a la corporación financiera internacional, la que financiaba ambos

¹⁸ “Amenaza de otro conflicto con Uruguay. La instalación de una fábrica contaminante en el río limítrofe podría generar una polémica bilateral”, *La Nación*, 23/02/2004, disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=575463.

¹⁹ “No a las plantas de celulosa. Entregan volantes a quienes cruzan el puente San Martín”, *La Nación* 18/06/2005, disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=713962.

emprendimientos, su inquietud por su apoyo económico a proyectos que no habían finalizado cabalmente el informe sobre sus impactos ambientales. En reacción a esto es que Uruguay no acude a la primera reunión del GTAN prevista para julio de ese año, y recién acude en agosto a la primera reunión de un total de 12 que se preveían hacer para finalmente en 2006 se redactara el informe final del GTAN. Durante estas sesiones, Uruguay realiza el tercer comportamiento ilícito según Argentina, autorizando la construcción de un puerto propio para Botnia sobre el Río Uruguay. Tras este incumplimiento, Argentina envía una nota en diciembre de 2005 al gobierno uruguayo manifestando que consideraba que existía una controversia entre ambos países y que resultaba aplicable el artículo 60.1 del Estatuto del Río Uruguay que habilita a acudir a la Corte Internacional de Justicia para la solución del diferendo. En febrero de 2006, el Congreso argentino aprobó la decisión del gobierno de someter el conflicto a la CIJ, dejando asentada su disposición para una solución negociada²⁰. En marzo de 2006, los dos presidentes Tabaré Vázquez y N. Kirchner, en ocasión de la asunción de la presidenta Michelle Bachelete, se encontraron en Chile y acordaron la suspensión de la construcción de ambas plantas por 90 días, si los asambleístas de Gualguaychú levantaban el corte. Es así que en el mismo mes los asambleístas se retiran de las rutas y los trabajos sobre ambas plantas se suspenden por 90 días.

Después del fracaso de las negociaciones del GTAN, Uruguay en enero de 2006 le anuncia al gobierno argentino que acudiría al sistema del “Protocolo de Olivos para solución de Controversias” de MERCOSUR. Como este mecanismo está previsto para dirimir cuestiones comerciales y no ambientales, Uruguay alega ante un Tribunal Ah Doc que Argentina incumplió el Tratado de Asunción, por violación a la libre circulación comercial.

Paralelamente, en mayo de 2006, Argentina hace una presentación ante la Corte Internacional de Justicia por violación al Estatuto del Río Uruguay por haber otorgado autorización a la empresa ENCE, sin las consultas previas establecidas en dicho Estatuto, por haber otorgado una aprobación ambiental provisoria a BOTNIA, que luego obtendría la autorización de la instalación de un puerto propio, sin comunicación al gobierno argentino y además por otorgar al autorización definitiva de la construcción de dicha planta en febrero de 2005, todo sin poner en conocimiento de Argentina y sin que la CARU tampoco sea informada. Argentina alegó que las aguas residuales de ambos emprendimientos acarrearían perjuicios al río y a las aguas subterráneas y con ello a muchos habitantes de la zona de influencia del Río Uruguay.

En el segundo semestre de 2005, la construcción de Botnia prosiguió, mientras que ENCE decidió trasladar su fábrica al área del Río de la Plata.

Con respecto al conflicto llevado ante la CIJ, Argentina no sólo reclama el cumplimiento de las obligaciones emergentes del Estatuto y otras normas de derecho

²⁰ “La Argentina reclamará ante La Haya. El gobernador Busti aseguró que el Presidente le dio su apoyo; dijo que el gobierno de Vázquez no respetó un tratado bilateral”, *La Nación* 26/01/2006, disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=775331

internacional, sin también compensación por los daños provocados por Uruguay. “Argentina solicitó a la Corte que diga y juzgue que el Uruguay:

(1) ha faltado a las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de 1975 y de otras reglas de derecho a las que el Estatuto reenvía;

(2) por su comportamiento ha comprometido su responsabilidad frente a Argentina;

(3) debe cesar en su comportamiento ilícito y respetar escrupulosamente en el futuro las obligaciones que le incumben;

(4) Debe reparar integralmente el perjuicio causado por el no respeto de las obligaciones internacionales que le incumben”²¹.

Independientemente al fondo solicitado, Argentina solicitó medidas conservatorias, por las que pedía la suspensión de las autorizaciones de construcción y que Uruguay coopere de Buena Fe con Argentina para asegurar la preservación de la calidad de las aguas en la zona de influencia del Río Uruguay. El 13 de julio de 2006 la corte emite la ordenanza por la cual se expide negativamente a las peticiones de Argentina de ordenar las medidas conservatorias, ya que según ésta la Corte ha determinado que “no hay nada en el historial que demuestre que la decisión de Uruguay de autorizar la construcción de las pasteras pone en peligro inminente de daño irreparable al medio acuático del Río Uruguay o a los intereses económicos y sociales de los habitantes ribereños de la margen argentina del río”²². La CIJ agregó a ello que el daño no podía ser considerado “inminente” en tanto las pasteras no estarían operativas antes de agosto de 2007 o bien junio de 2008. La Corte, remarcó que Uruguay igualmente corre con todos los riesgos en el caso de hallárselo culpable al decidir sobre el fondo, por lo que la construcción de las papeleras no importan un “hecho consumado”.

En lo que concierne a la segunda solicitud de Argentina, la CIJ requirió que ambas partes “cumplan sus obligaciones bajo el derecho internacional” y que “implementen de buena fe los procedimientos de consultas y cooperación establecidos en el Estatuto de 1975, constituyendo la CARU el foro adecuado a tal fin”. Ya que el Delegado uruguayo durante las audiencias aseguró que Uruguay cumpliría cabalmente con las obligaciones provenientes del Estatuto de 1975 y ofreció a la parte argentina un “continuo monitoreo conjunto”, por lo que la CIJ no encontró motivo para indicar las medidas conservatorias provisionales que había solicitado Argentina²³.

Por otro lado, y también ante la CIJ, Uruguay solicita en noviembre de 2006 invocando que, tras el 20 de noviembre del mismo año, grupos organizados de ciudadanos argentinos impidieron el paso sobre el puente internacional que une Argentina y Uruguay de importancia vital para el cruce del Río Uruguay, obstaculizando totalmente toda circulación entre los dos países, alegando que Uruguay había sufrido daños económicos importantes en virtud de esta acción. Además expresó que el gobierno permitía estos

²¹ Z. DRNAS DE CLEMENT, “Problemas ambientales en el Río Uruguay. El caso de las pasteras (Argentina V. Uruguay)”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>, p. 8.

²² Citado por Z.DRNAS DE CLÉMENT (nota 21), p. 9.

²³ Citado por Z.DRNAS DE CLÉMENT (nota 21), p. 9.

bloqueos, con el objeto de impedir la construcción de las pasteras. Es en base a estos reclamos que “Uruguay solicitó a la Corte la indicación de las siguientes medidas provisionales:

- que Argentina adopte todas la medidas razonables y apropiadas que tiene a su disposición para prevenir o hacer cesar la interrupción de la circulación entre Uruguay y Argentina, especialmente, el bloqueo de puentes y rutas entre los dos Estados;
- que Argentina se abstenga de toda medida susceptible de agravar o extender el diferendo que se halla a consideración de la Corte o de volver más difícil la solución del conflicto;
- que Argentina se abstenga de toda otra medida susceptible de afectar los derechos uruguayos que están bajo consideración de la Corte”²⁴.

Se realizaron audiencias públicas en diciembre de 2006, en donde Uruguay ratificó su reclamo y Argentina opuso incompetencia de la Corte e inadmisibilidad de la solicitud Uruguaya.

La decisión de la Corte, en enero de 2007, determina nuevamente no hacer lugar a medidas conservatorias solicitadas por Uruguay, expresando que ese país no había demostrado un riesgo inminente de un perjuicio irreparable a los intereses de ese país por los cortes de ruta, y reiteró la indicación formulada en la anterior decisión de que las partes deben atenderse a las obligaciones que posee en virtud del derecho internacional y los procedimientos de consulta previstos en el Estatuto del Río Uruguay.

En el sistema de solución de controversias de MERCOSUR, el 3 de mayo de 2006 Uruguay demanda a Argentina ante un Tribunal Ad Hoc, tal y como expresamos más arriba, Uruguay considera que Argentina violó el Tratado de Asunción por no impedir que los asambleístas corten las rutas, y que eso derivó en coartar los derechos de libre circulación de bienes y servicios. El Tribunal decidió, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2006 hacer lugar parcialmente a la demanda Uruguaya. En resumen expresó:

“1) Que tiene jurisdicción para entender y resolver sobre el objeto de la controversia planteada;

2) Que, acogiendo parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, declara que la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del Río Uruguay (...), no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países.

3) Que, desestimando parcialmente la pretensión de la Parte Reclamante, se declara que, en atención a las circunstancias del caso, no resulta procedente en derecho que este Tribunal “Ad Hoc” adopte o promueva determinaciones sobre conductas futuras de la Parte Reclamada”²⁵.

²⁴ Z. DRNAS DE CLEMENT (nota 21), p.10.

²⁵ Z. DRNAS DE CLÉMENT, “El laudo arbitral del MERCOSUR sobre las celulósicas uruguayas. Un fallo posmoderno”, *DeCITA*, n° 7, 2007, p. 169.

Se expresa que se acogió parcialmente la demanda al declarar, según el análisis realizado por la profesora Drnas de Clément, que: “la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, realizados por los vecinos de la ribera argentina del río Uruguay no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países²⁶. Decidió ello, aunque el propio Tribunal reconoció que la omisión del gobierno argentino de no realizar las medidas necesarias para impedir los cortes de rutas y puentes “no ha tenido por objeto impedir la libre circulación”, y además no consideró que esta omisión Argentina constituya una medida discriminatoria ya que ambos países se vieron afectados por la medida de acción tomada por la Asamblea.

El 8 de diciembre de 2009 la empresa finlandesa UPM adquiere la producción de celulosa de la empresa Botnia.

Recién el 20 de abril de 2010 la CIJ emite el fallo sobre el fondo de la controversia, rechazando la demanda Argentina para relocalizar la pastera, estableciendo que no había pruebas de contaminación, aunque sí consideró que Uruguay incumplió su obligación de informar sobre la construcción de las plantas, tal y como lo ordena el Estatuto. Ordenando que ambos países deben controlar el impacto ambiental sobre el río.

La resolución sobre el fondo emitida por la CIJ fue limitada a lo regulado por el Estatuto, que era en definitiva el límite que tenía la CIJ para fallar.

A pesar de esto, los conflictos entre los Estados continuaron. En 2013 el presidente Mujica autoriza a UPM a aumentar la producción de manera unilateral, por lo que el gobierno Argentino considera nuevamente que hubo una violación al deber de información del estatuto y amenaza con realizar una nueva presentación a la CIJ.

Por otro lado, la Asamblea de Gualeguaychú, continúa con sus medidas de acción directa, ya no tan extremas como al principio del conflicto, pero sigue en estado de alerta permanente, oponiéndose por ejemplo al dragado del Río Uruguay, alegando que el retiro de materia del fondo del río dificultaría la actividad probatoria del daño. Como podemos concluir en el caso, a pesar del fallo de la CIJ el conflicto social se mantiene activo.

IV. Aproximaciones finales

Partimos de la idea que vivimos en una sociedad de nuevos riesgos, que estos riesgos tienen manifestación global, y que los Estados y la ciencia carecen ya de medios para gobernarlos, es por eso que encargan al sujeto particular el deber de gestionarlos. Para gestionar los mismos es necesario empoderar a la ciudadanía, es decir entregar herramientas básicas para la decisión concienzuda sobre el riesgo. Ahora bien, es necesario en ese proceso de empoderamiento ciudadano, que se le otorguen medios aptos para decidir sobre riesgos globales. Elegimos el caso de la contaminación transfronteriza, cuestión de suma importancia para nuestra nación por el conflicto binacional entre nuestro país y Uruguay,

²⁶ Numeral 22 del laudo citado.

desarrollado en páginas anteriores. Es por eso que en presente trabajo se ha tratado de hacer un *racconto* de la normativa internacional aplicable a la cuestión al caso de la contaminación transfronteriza.

Vimos, además que existen regulaciones sectoriales, es decir para algunos riesgos globales transfronterizos, en materia de responsabilidad civil. También proyectos que tratan de regular el supuesto en general. Globalmente la Conferencia de la Haya se abocó al estudio de la problemática de la responsabilidad civil en materia de daños por contaminación transfronteriza, pero vimos que luego fue abandonado su estudio. Además vimos que en el ámbito americano hubo un proyecto de CIDIP que lo trataba, pero que finalmente no fue aprobada.

En el caso de las Pasteras, observamos que la falta de regulación en el ámbito internacional o regional tuvo efectos negativos en el conflicto. Que se apelaron a sistemas de resolución de conflictos de derecho público que no han resultado el diferendo en definitiva, mientras tanto las sociedades de ambos países se encuentran en conflicto, el riesgo de la contaminación transfronteriza fue lo que los movilizó a realizar medidas de acción directa.

El tratado que resultaría aplicable para este caso es el Tratado de Montevideo de 1940, y el de 1889, pero regula el tema de la ley aplicable en caso de responsabilidad extracontractual, cuestión que no resulta plenamente apta para las cuestiones ambientales, ya que el daño ambiental posee particularidades que no acaban por ser cubiertas por este tipo de regulación.

Es por eso que consideramos que, de existir un sistema de responsabilidad civil especialmente dedicado al daño ambiental tal conflicto no hubiera tenido la escalada de violencia que tuvo, y que aún perdura. Pero el sistema de responsabilidad civil, a nuestro entender no debe ser el clásico que contempla la función resarcitorio meramente, sino que debe incluir la posibilidad de que las partes aleguen un posible daño a su salud, al ambiente, y así inhibirlo, incluyendo además a los daños ambientales individuales y supraindividuales con su consiguiente legitimación para accionar.

Finalmente, en nuestra opinión, la dificultad en el ejercicio de este derecho, constituye a los ciudadanos de los países latinoamericanos en ciudadanos, al decir de O'Donnell, de "baja intensidad". Es por eso que la facilitación en la apertura de una vía judicial a la sociedad civil, determinando la jurisdicción y el derecho aplicable, e incluyendo la posibilidad de inhibir el daño, constituye una parte esencial en la producción de una ciudadanía global, capaz de gestionar los riesgos globales.

V. Referencias bibliográficas

- AA.VV. "El gobierno de los riesgos", ediciones UNL, Santa Fe, 2007.
- AA.VV. "Daño Ambiental", t. I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.
- BECK, ULRICH. *La sociedad del riesgo*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

- BOGGIANO, ANTONIO “Curso de Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008.
- BOYLE, ALAN. “Los derechos ambientales y el derecho internacional”, disponible en: <http://www.derecho.uchile.cl/cda/2005/archivos/Boyle%20EN%20ESPA%D1O L.doc>.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Problemas ambientales en el río uruguay. El caso de las pasteras (Argentina v. Uruguay)”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “El laudo arbitral del MERCOSUR sobre las celulósicas uruguayas. Un fallo posmoderno”, *DeCita* n° 7, Garantías, 2007.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Responsabilidad Internacional de los Estados por violaciones a normas imperativas del Derecho Internacional General”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “La obligación de cooperar como parte de las obligaciones de protección y preservación precautoria del medio marino”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Responsabilidad Internacional en materia ambiental”, disponible en; <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- FACH GÓMEZ, Katia, “Respuestas jurídicas a la contaminación transfronteriza: iniciativas comunitarias”, disponible en: ec.europa.eu/justice_home/news/.../katia_fach_gomez_es.pdf
- FACH GÓMEZ, Katia, “La contaminación transfronteriza en el derecho internacional privado”, disponible en: www.ingenierosdemontes.org/download/contaminacion_transf.pdf
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Responsabilidad por hecho ilícito en el ámbito internacional con especial referencia a la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza. Recientes desarrollos y perspectivas para la convención regional en la materia”, *“Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán”*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Responsabilidad internacional por daños transfronterizos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- JUSTE RUIZ, José, “Derecho Internacional del Medio Ambiente”, Madrid, Mac Graw Hill, 1999.
- LÓPEZ HERRERA, Edgardo “Jurisdicción y derecho Aplicable en el daño ambiental que afecta a varios países”, *LL*, n° 0003/014556.
- MARÍN LÓPEZ, Antonio. “La responsabilidad internacional objetiva y la responsabilidad internacional por riesgo”, Madrid, Beramar, 1995.
- MORATO LEITE, Jose RUBENS-PATRYCK DE ARAUJO AYALA, *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*, Río de Janeiro, Forense Universitaria, 2004.
- PIMERT, Michel / Wakeford, Tom, “Overview- deliberative democracy and citizen empowerment”, *Partipatory Learning Action Notes* 40, disponible en: http://www.planotes.org/documents/plan_04005.pdf

- REAL FERRER, Gabriel, “Integración Económica y Medio Ambiente en América Latina”. Madrid, Mac Graw Hill, 2000.
- REY CARO, Ernesto, “El conflicto argentino-uruguayo sobre las pasteras ante la CIJ”, disponible en: <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- REYNA, María Lucila. “Modelos de Organización de la Participación Ciudadana en los Conflictos Ambientales: entre la Protesta Social y la Institucionalidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, Santa Fe, 2008.
- RODRÍGUEZ, John, “La responsabilidad internacional del estado: el caso de las plantas de celulosa y los bloqueos en el Río Uruguay”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, disponible en: www.redalyc.uaemex.mx.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, “La contaminación transfronteriza”, México, Noriego, 2003.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, “Comentarios al anteproyecto de Convención Interamericana sobre ley aplicable y Jurisdicción competente en casos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza”, *Revista Mexicana de Derecho internacional Privado*, México, 2002.
- SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press.
- BOAVENTURA DE SOUSA, Santos *La globalización del derecho*, ILSA, 1998.
- SIQUEIROS, José Luis, “La ley aplicable y jurisdicción competente en casos de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol II, 2002.
- SIQUEIROS, José Luis, “La sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional privado (CIDIP VI)”, *Revista Mexicana de Derecho internacional Privado*, México, 2002.
- TIETZMANN E SILVA, José Antonio, “La solución de los conflictos ambientales - transfronterizos en los tratados de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa”, *Revista de Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, enero/marzo 2007.
- VALENCIA SAIZ, Ángel, “Ciudadanía ecológica: una noción subversiva dentro de la política global”, *Revista de Estudios Políticos - Nueva Época*, n° 120, abril-junio 2003, disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_120_271.pdf.

La situación del viudo en la sucesión internacional en Francia, en España y en la Unión Europea

Fernanda SABAH GOMES SOARES*

Resumen

La complicación de las sucesiones, con elementos extranjeros, deriva del hecho de que la sucesión por causa de muerte se encuentra regulada a partir de una manera muy variada en los ordenamientos jurídicos. Un problema de difícil determinación se relaciona con la inadaptación entre el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del viudo ello, esta investigación trata de analizar la sucesión internacional del cónyuge supérstite en Francia, en España y en la Unión Europea, proponiendo posibles medidas para que se garanticen los derechos sucesorios del esposo sobreviviente.

Abstract

The complication of succession, with foreign elements, derives from the fact that the succession upon death is regulated in a varied way in the legal systems. A difficult problem relates the inability to adapt matrimonial property and inheritance rights of the surviving spouse. From this, this research attempts to analyze international succession of the surviving spouse in France, Spain and the European Union, proposing possible measures to ensure that the surviving spouse inheritance rights are guaranteed.

Registro bibliográfico

- SABAH GOMES SOARES, Fernanda, “La situación del viudo en la sucesión internacional en Francia, en España y en la Unión Europea”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp.147-166.

Descriptores/describers

- sucesión, internacional, viudo, Francia, España; UE
- internacional, sucesión, widow, France, Spain; EU

* Profesora Doctora en Derecho internacional privado, Facultad UNIVEL, Cascavel, Paraná, Brasil

Sumario: I. Introducción. II. La liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión en una situación privada internacional en Francia. 1. Solución doctrinal y jurisprudencial. III. La liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión en una situación privada internacional en España. 1. Consideraciones preveas. 2. La jurisprudencia antes de la modificación introducida por la Ley 11/1990 de 15 de octubre. 3. La interpretación del artículo 9.8 *in fine* del Código Civil. 4. La ley de los efectos del matrimonio versus la ley sucesoria. 5. La elección por la ley rectora de los efectos del matrimonio. IV. La reglamentación de la sucesión internacional en la UE. V. Conclusiones. Referencias Bibliográficas.

I. Introducción

En las sucesiones internacionales, los problemas son extensos y de difícil determinación. Uno de ellos se relaciona con la inadaptación entre el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. En este sentido, lo que se observa es que si el ordenamiento jurídico establece el régimen matrimonial legal de comunidad de bienes, el citado sistema determinará, en general, derechos sucesorios bastante escasos al cónyuge superviviente. No obstante, si la normativa prevé como régimen matrimonial legal la separación de bienes, el mismo ordenamiento estipulará derechos sucesorios más amplios. Esto ocurre porque el derecho interno de cada país define disposiciones coherentes entre sí. Sin embargo, si para solucionar una sucesión que posee elementos de extranjería, el DIPr de un Estado aplica una ley para liquidar el régimen matrimonial y otra ley para liquidar la sucesión, no existirá una sinergia entre estas materias, lo que puede generar injusticias al viudo.

A partir de ello, esta investigación trata de analizar cuál es el problema de la liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión en una situación internacional y cuál es la respuesta, a esta cuestión, de la Unión Europea, así como de los ordenamientos jurídicos de Francia, España, y sus soluciones jurisprudenciales; proponer posibles medidas para que la sucesión internacional del cónyuge superviviente sea más eficaz y justa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es innegable la trascendencia y la actualidad de la materia en cuestión, lo que ha justificado la elección de este tema. Además, no podemos olvidar que la sucesión forma parte de la vida de las personas, lo que añade un mayor interés y relevancia a nuestro estudio.

II. La liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión en una situación privada internacional en Francia

1. Solución doctrinal y jurisprudencial

La sucesión está interconectada con el régimen matrimonial porque el fallecimiento de una persona obliga a la liquidación tanto de su régimen matrimonial como de su sucesión. Por

ello, son estrechas las relaciones entre el régimen matrimonial y la vocación sucesoria del viudo.

Cuando un individuo casado fallece, primeramente, se procederá a la disolución del matrimonio, mediante la liquidación del régimen matrimonial, para que de esta forma se pueda averiguar la consistencia del activo sucesorio. El problema de la liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión en el DIPr francés es que el referido ordenamiento jurídico no aplica la misma ley al régimen matrimonial y a la sucesión.

En realidad, lo que se comprueba es la existencia de dos relaciones jurídicas: una que se refiere al régimen matrimonial, lo cual debe ser disuelto por la muerte de uno de los esposos y que puede atribuir derechos a favor del cónyuge sobreviviente, debido a su condición de esposo; y otra que comienza en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges y de la que derivan derechos sucesorios para el viudo. El problema es que las dos relaciones jurídicas poseen normas de conflicto diferentes, las cuales rigen estas dos categorías y que determinan puntos de conexión distintos.

La ley aplicable al régimen matrimonial es, en principio, única: podrá ser la ley elegida por los esposos, caso contrario, se aplicará la ley del primer domicilio conyugal para los que se casaron antes del 1 de septiembre de 1992, o se aplicará la ley de la primera residencia conyugal si los esposos contrajeron matrimonio después del 1 de septiembre de 1992. Por otro lado, los criterios que determinan la ley aplicable a la sucesión se caracterizan por su fragmentación: ley del último domicilio del fallecido para los bienes muebles y la *lex rei sitae* para los bienes inmuebles. De ser así, es posible que se aplique una ley a la liquidación del régimen matrimonial y otra a la liquidación de la sucesión, lo que puede beneficiar o perjudicar al cónyuge supérstite.

En la práctica, lo que se observa es que si el ordenamiento jurídico establece el régimen matrimonial legal de la comunidad de bienes, el citado ordenamiento determinará, en general, derechos sucesorios más modestos al esposo sobreviviente. No obstante, si el sistema jurídico prevé como régimen matrimonial legal la separación de bienes, el mismo ordenamiento estipulará derechos sucesorios más importantes. Esto ocurre porque el Derecho interno de cada país define disposiciones coherentes entre sí. Sin embargo, si para solucionar una sucesión que posee elementos de extranjería, el DIPr de un Estado aplica una ley para liquidar el régimen matrimonial y otra ley para liquidar la sucesión, no existirá una sinergia entre estas materias, lo que puede generar injusticias al viudo. Asimismo, después de liquidar el régimen matrimonial, puede que el patrimonio sucesorio esté sometido a diversas leyes aplicables y que cada una de ellas proporcione distintos derechos sucesorios al cónyuge superviviente.

La ley aplicable a la liquidación del régimen matrimonial puede conceder ventajas al cónyuge supérstite, así como la ley aplicable a la sucesión puede atribuir derechos sucesorios al viudo. Sin embargo, no es imposible que la ley aplicable a la liquidación del régimen matrimonial no conceda ninguna ventaja al cónyuge supérstite, ni tampoco la ley aplicable a la sucesión proporcione derechos sucesorios al esposo superviviente. Además, los cónyuges que están domiciliados en un determinado país pueden cambiar su domicilio a

otra nación e incluso uno o ambos esposos pueden cambiar de nacionalidad, lo que puede perjudicar la situación del viudo¹.

El origen del problema es que la aplicación de la ley del régimen matrimonial y de la ley sucesoria, designadas por las normas de conflicto de leyes, pueden producir un resultado injusto al cónyuge supérstite, quien tiene alguno o todos sus derechos refutados por la aplicación integral de las dos leyes. Consecuentemente, se rompe la coherencia lógica de cada sistema jurídico y el resultado no es contrario al orden público francés.

Como en el sistema jurídico francés no existe una ley que solucione este problema de inadaptación, la mayor parte de la doctrina², para solucionar los problemas resultantes del método de calificación y satisfacer las exigencias de justicia del foro, sugiere acudir al mecanismo de la adaptación conflictual, o sea, aplicar la misma ley tanto al régimen matrimonial como a la sucesión. De hecho, esta parte de la doctrina recomienda que la ley del régimen matrimonial sea la ley aplicable a la sucesión, ya que esta ley puede ser elegida por los esposos, y además es más flexible en las circunstancias de cambios de nacionalidad o de domicilio.

La ley aplicable al régimen matrimonial es determinada en el momento de la celebración o durante el matrimonio, mientras que la ley sucesoria es establecida solamente en el momento de la muerte de uno de los esposos. Por esta razón, es más difícil elegir como ley aplicable al régimen matrimonial la ley probablemente aplicable a la materia sucesoria; pero, es posible que el cónyuge casado elija como ley aplicable a su sucesión, la ley que rige el régimen económico matrimonial de los esposos.

Audit³ defiende la aplicación de la ley del régimen matrimonial porque esta es la primera ley a intervenir en la vida del matrimonio. De igual manera, Bureau y Muir Watt⁴ también proponen la aplicación de la ley del régimen matrimonial a toda situación financiera del cónyuge sobreviviente, porque fue esta ley la que rigió las relaciones patrimoniales de los esposos.

Un argumento contrario a esta posibilidad, se refiere a la complejidad en determinar la ley aplicable a un régimen matrimonial cuando el establecimiento de la primera residencia

¹ Un matrimonio alemán (casados en el régimen separatista), si se tornaran suecos, se desfavorecerían tanto en el plano sucesorio, pues Suecia solo otorga al cónyuge supérstite las atribuciones matrimoniales, como en el plano del régimen matrimonial, ya que estarían sometidos al régimen de la separación de bienes. Si los suecos se convirtiesen en alemanes, el esposo viudo obtendría las ventajas matrimoniales suecas, si no estuvieran sometidos al régimen de la separación de bienes, y las sucesorias decurrentes del Derecho alemán. *Vid.* L. RAAPE, “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du Droit international privé”, *RCADI*, t. 50, n° IV, 1934, p. 508.

² A.E. VON OVERBECK, “La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, en: B.L. Fredericq, *Liber Amicorum*, vol. II, Gent, E. Story- Scientia, 1966, p. 1.102.

³ B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Economica, 2008, p. 761.

⁴ D. BUREAU/ H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, pp. 241-242.

común es incierto o cuando los esposos no tienen una residencia matrimonial común. En esta situación, los problemas de establecimiento de la ley aplicable al régimen matrimonial serían transferidos a la materia sucesoria si el *de cuius* eligiera el derecho aplicable al régimen matrimonial como derecho aplicable a su sucesión⁵.

En el mismo sentido, Couchez⁶ destaca que someter los derechos sucesorios del esposo superviviente a la ley del régimen matrimonial, puede ocasionar complicaciones en la sucesión en el momento de articular la ley sucesoria aplicable a los derechos de otros herederos, los cuales pueden estar sometidos a varias legislaciones debido a la distinción entre sucesión mobiliaria o inmobiliaria del DIPr francés, con la ley del régimen matrimonial aplicable a los derechos sucesorios del viudo.

Por todas estas razones, algún autor⁷ argumenta que la solución no es aplicar la ley del régimen matrimonial a la sucesión, sino que coordinar la ley del régimen matrimonial con la ley sucesoria. De esta forma, el juez debería examinar las ventajas de aplicar, en conformidad con las normas de conflicto, la ley del régimen matrimonial y la ley sucesoria, y si al aplicar ambas leyes las diferencias entre ellas no ocasionan inconvenientes al cónyuge superviviente, se recomienda aplicarlas; ahora bien, si hay inconvenientes, se aconseja aplicar la ley que sea más favorable al viudo⁸.

En el ámbito jurisprudencial, fue por medio de Boullenois⁹ que se dio a conocer *la Decisión del Parlamento de París del 27 de julio de 1745* sobre los conflictos planteados entre diferentes Costumbres. La Costumbre de París establecía derechos para el esposo que eran decurrentes de su régimen matrimonial pero no permitía que él participara en la sucesión, pues el régimen legal era el de la comunidad, lo que suponía que el cónyuge superviviente había hecho suyos la mitad del patrimonio conyugal en el momento de la liquidación del régimen. En la Costumbre de Normandía el esposo tenía amplios derechos sucesorios al no participar en el régimen matrimonial, lo que compensaba la ausencia de participación de la mujer en las adquisiciones del marido durante el matrimonio por considerarlo sometido al régimen de separación de bienes. En el referido fallo, se le privaba de todo derecho sucesorio a una viuda normanda, por ser aplicable la ley sucesoria vigente en el lugar de situación de los bienes, o sea que fue aplicable la Costumbre de París a la situación de los inmuebles sitos en París, lo que ponía de relieve que bastaba a los normandos comprar inmuebles en esta ciudad para que la futura viuda quedara sin recursos económicos.

La doctrina¹⁰ también analizó los casos Vibert y Lesieur solucionados por la *Cour de Cassation en las Sentencias de 15 de agosto de 1869*¹¹ y *4 de abril de 1881*¹². En la primera, se

⁵ H. DÖRNER / P. LAGARDE, *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg, DNotI, 2002, p. 108.

⁶ G. COUCHEZ, *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, Paris, Dalloz, 1972, p. 269.

⁷ F. BOULANGER, *Droit international des successions: nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004, p. 140.

⁸ F. BOULANGER, *Les successions internationales: problèmes contemporains*, Paris, Economica, 1981, p. 152-153.

⁹ BOULLENOIS, *Traité des statuts réels et personnels*, t. I, p. 770, citado en F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en Droit international privé*, Bruxelles, F. Larcier S.A., 1956, p. 386.

¹⁰ F. BOULANGER (nota 8), pp. 50-53.

¹¹ *Cass. civ., Ch. civ., 16 août 1869, JDI, 1897.728*, note Martin.

reconoció los derechos viudales procedentes del régimen matrimonial regido por una ley americana, aplicando la ley americana como ley del régimen matrimonial y la ley francesa como ley sucesoria, permitiendo la acumulación de derechos. En la segunda, por el contrario, se desconoció los derechos viudales procedentes del régimen matrimonial regido por la ley americana, aplicando exclusivamente la ley francesa como ley sucesoria, con el objetivo de que aquellos no se acumulasen a los derechos sucesorios de la ley francesa.

En el caso de la viuda Georgiadès, la *Cour d'appel de Paris*, el 18 de junio de 1869¹³, decidió aplicar la Ley austriaca al régimen matrimonial, ya que la esposa supérstite y el causante eran austriacos y habían se casado en Trieste sin contrato matrimonial; y la Ley francesa a la sucesión inmobiliaria. De ser así, la viuda no recibió ningún bien de la liquidación del régimen matrimonial legal austriaco, que era un régimen de separación de bienes, así como fue excluida de la sucesión inmobiliaria, ya que el cónyuge sobreviviente no tenía derecho a la herencia antes de la reforma del 9 de marzo de 1891. Por tanto, el juez no recurrió a la adaptación, lo que generó un resultado injusto para la viuda.

En la *Decisión Consorts Kouob*, del 23 de diciembre de 1954¹⁴, la *Cour de Cassation* aplicó la ley francesa a la sucesión de un causante indígena, alegando que la ley francesa era la aplicable a la liquidación del régimen matrimonial. En principio, se podría interpretar que el juez, mediante la adaptación, resolvió aplicar la ley francesa del régimen matrimonial también al régimen sucesorio; sin embargo, esta decisión no es un ejemplo de adaptación, sino que señala la tendencia de la jurisdicción francesa en aplicar la ley del foro cuando existe un francés implicado en el caso concreto¹⁵.

Cuando se analiza la jurisprudencia francesa en esta materia, se observa que, en general, los tribunales no afrontan de manera clara el problema de la liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión, ni tampoco el carácter sistemático de cada ordenamiento jurídico. De hecho, los tribunales franceses analizan las distinciones entre las calificaciones de los sistemas jurídicos sin preocuparse con el equilibrio pretendido por cada ordenamiento jurídico que influye en el caso concreto. Asimismo, se verifica que la jurisprudencia francesa aplica a esta cuestión solamente una ley, la ley sucesoria, o sea que el cónyuge sobreviviente se somete únicamente a las disposiciones sucesorias que coinciden, frecuentemente, con la *lex fori*. Esta preferencia de la jurisprudencia francesa por la ley sucesoria es justificada, sobre todo, por la protección de las legítimas¹⁶.

El hecho de que la cuestión relativa a la adaptación entre la ley del régimen matrimonial y la ley sucesoria no sea tratada por la jurisprudencia francesa, no significa que este problema no surja en la práctica. En efecto, la falta de jurisprudencia enseña la

¹² *Cass. civ., Ch. civ., 4 avril 1881, JDI, 1882.87, note Renault.*

¹³ *CA Paris, 18 juin 1869, RNE, 1870.52.*

¹⁴ *Cass. civ. 1^{re}, 23 décembre 1954, RCDIP, 1955.671, note A. Weill.*

¹⁵ S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales: réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 203 y 214.

¹⁶ M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, Paris, Economica, 1994, p. 313-314.

complejidad de esta situación jurídica y las dudas en iniciar un litigio costoso sobre un tema que es caracterizado por la inseguridad jurídica. Consecuentemente, los notarios suelen proceder a la repartición simultánea del régimen matrimonial y de la sucesión, ignorando los bienes ubicados en el extranjero y liquidando únicamente los bienes situados en territorio francés, lo que comprueba la insuficiencia de las leyes vigentes para solucionar este problema en la práctica¹⁷.

III. La liquidación del régimen matrimonial y de la sucesión en una situación privada internacional en España

I. Consideraciones previas

Antes de analizar el actual apartado 8 del art. 9 del Código Civil Español (C.C.), que incorpora en su último inciso una norma de adaptación, es conveniente comprender sus precedentes positivos y los motivos que fomentaron la modificación introducida por la Ley 11/1990 de 15 de octubre.

El antiguo art. 9.8 del C.C. preveía que la sucesión por causa de muerte se regiría por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que fueran la naturaleza de los bienes y el país donde se encontraran. A partir de esta previsión, podría producirse una falta de coordinación entre el régimen económico matrimonial y el sucesorio, de modo que el cónyuge superviviente podría tener sus derechos sucesorios aumentados o disminuidos.

En el Primer Congreso de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946, fue destacada la íntima relación entre el régimen económico del matrimonio y el sucesorio. En aquel momento, también se subrayó la coexistencia en España de varias legislaciones civiles y la ausencia de normas precisas que solucionasen los conflictos interregionales en determinadas materias, como por ejemplo los derechos del cónyuge superviviente que, en parte, se someten al Derecho de familia y, en parte, al Derecho de sucesión. En efecto, se hacía referencia a la diversidad existente en la regulación de la citada materia, y se señalaba la diferente calificación de los derechos del cónyuge superviviente en los Derechos civiles vigentes en el ordenamiento jurídico español¹⁸.

En el referido Congreso, se concluyó que los derechos del esposo viudo deberían ser regulados dentro del régimen económico del matrimonio, lo que evidenciaba la intención de establecer una calificación uniforme en el sistema jurídico español. Si esta solución hubiera sido adoptada en aquel momento, se habrían eliminado los problemas de inadaptación en el ámbito del Derecho interno e internacional, ya que una única ley, la del

¹⁷ M. REVILLARD, “La liquidation d’une succession internationale: difficultés rencontrées dans la pratique notariale”, *RCDIP*, 1978, p. 292 ; P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, 9ª ed., Paris, Montchrestien, 2007, p. 617.

¹⁸ S. PELAYO HORÉ, “El Congreso Nacional de Derecho Civil”, *RGLJ*, t. 180, 1946, pp. 596-599.

régimen económico matrimonial, regiría la disolución del matrimonio y los derechos del cónyuge superviviente en la sucesión de su cónyuge fallecido¹⁹.

2. La jurisprudencia antes de la modificación introducida por la Ley 11/1990 de 15 de octubre

Antes que el legislador español solucionara el problema de la inadaptación entre la ley aplicable a los efectos del matrimonio y la ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, faltaba una consideración autónoma de este tipo de problema. A veces se aplicaban acumulativamente ambas leyes con absoluta indiferencia ante la injusticia del resultado²⁰, otras veces se aplicaba una sola ley en atención a consideraciones no siempre técnicamente correctas o acertadas, y que no se relacionaban directamente con el problema de la inadaptación²¹.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1962*²², uno de los pocos ejemplos de conflicto de leyes internacional en materia de derechos matrimoniales y sucesorios del cónyuge superviviente, decidió la situación de un italiano que contrajo matrimonio en España, y en este país se naturalizó y falleció.

De acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico español, su régimen matrimonial debería regularse por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (así establecía el art. 9.2 del C.C. antes de la Ley 11/1990 de 15 de octubre), Ley italiana, cuyo régimen legal era el de separación de bienes a falta de pacto. El régimen sucesorio debería ser regido por la Ley española porque el causante era español en el momento del fallecimiento.

La inadaptación entre ambos sistemas jurídicos surgía del hecho de que el ordenamiento italiano, en aquel momento, establecía la separación de bienes como régimen legal y concedía al cónyuge superviviente unos considerables derechos sucesorios. En cambio, el ordenamiento común español preveía el sistema de gananciales como régimen supletorio, y determinaba escasos derechos sucesorios al cónyuge superviviente. Si se

¹⁹ J.L. LACRUZ BERDEJO, “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946”, *ADC*, t. I, 1948, p. 154.

²⁰ En la Sentencia del 29 de octubre de 1955, se declaró que el régimen económico de los esposos, debido al momento de la celebración del matrimonio, estaba sometido al derecho común, aunque más tarde los cónyuges adquiriesen la vecindad civil catalana, debiendo ser liquidado conforme a las normas del Código Civil referentes a la sociedad de gananciales. En paralelo, se consideró el testamento del causante, otorgado conforme al Derecho catalán, en el cual el difunto favorecía a la viuda y perjudicaba a los legitimarios. De esta manera, tanto la ley aplicable al régimen matrimonial (derecho común) como la ley aplicable a la sucesión (Derecho catalán) beneficiaron excesivamente a la esposa superviviente (*Vid.* STS (Sala 1ª), de 29 de octubre de 1955, “*Corbalán Carretero –Freixas Farr*”, *Aranzadi, Repertorio de la Jurisprudencia*, 1955, nº 3.322).

²¹ A.L. CALVO CARAVACA, “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, año XLII, nº 502-503, 1986-II, p. 3.130.

²² STS (Sala 1ª), de 30 de junio de 1962, “*Tarabusi López –López Martínez*”, *Aranzadi, Repertorio de la Jurisprudencia*, 1962, nº 3.562.

aplicara la ley italiana para el régimen matrimonial (separación de bienes) y la ley española para el régimen sucesorio (legítima escasa al esposo sobreviviente), el viudo sería perjudicado.

El Tribunal Supremo argumentó que no se había probado, como hecho, la existencia, alcance e interpretación de la legislación italiana, ni tampoco había se demostrado que los cónyuges habían vivido en régimen de separación de bienes, sino que el régimen de gananciales, previsto por el ordenamiento español, era el régimen que de hecho los esposos estuvieron sujetos a lo largo de toda su vida matrimonial. De esta forma, el Tribunal Supremo decidió eliminar la aplicación de la ley italiana al régimen matrimonial del fallecido, afirmando que la ley aplicable era la española.

En este fallo es evidente que el Tribunal Supremo infringió la ley extranjera, extremando las consecuencias en la exigencia de los requisitos previos a la aplicación de las leyes (la prueba del derecho italiano), con el objetivo de aplicar la *lex fori*²³. En paralelo, esta solución no tuvo vínculo directo con el problema de la inadaptación, tampoco se adecuó al criterio de conexión personal, previsto por la norma de conflicto española (la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio debería regular el régimen económico matrimonial), ni al principio de la inmutabilidad de la ley del régimen matrimonial.

Se supone que el juez o se fundamentó en la autonomía de la voluntad tácitamente manifestada por las partes en el momento de la celebración del matrimonio, o en el hecho de que el cambio de nacionalidad resultaba en un cambio automático de la ley aplicable y de régimen económico, aunque estas posibilidades no fueran admitidas por el derecho positivo vigente en el momento en que se dictó la sentencia analizada. Esto significa que dicho fallo aplicó una única ley, la del régimen sucesorio (ley española), pero no fue fundamentada conforme al sistema jurídico español, pues el cambio de la ley aplicable y de régimen económico no era automático, sino que debería ser expresamente manifestado por las partes.

La falta de coordinación entre estas materias fue solucionada por la Ley 11/1990 de no discriminación por razón de sexo, de 15 de octubre, la cual añadió el último inciso del precepto, estableciendo que la ley de los efectos del matrimonio (ley del régimen matrimonial) también regiría los derechos sucesorios del cónyuge supérstite.

3. La interpretación del artículo 9.8 in fine del Código Civil

La Ley 11/1990, como ya nos referimos anteriormente, adjuntó el último inciso al art. 9.8 del C.C., estableciendo que: “Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”. Sin embargo, esta previsión ocasionó la formulación de distintas interpretaciones doctrinales.

²³ E. PECOURT GARCÍA, *Derecho internacional privado español: jurisprudencia sistematizada y comentada I*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1976, pp. 140-143.

Para los defensores de la tesis restrictiva, el texto añadido por la reforma de 15 de octubre de 1990 no modificó la norma de conflicto estipulada en el C.C para las sucesiones con elemento extranjero, porque los derechos sucesorios que corresponden al cónyuge supérstite seguirían siendo regidos por la ley nacional del fallecido, sin excepción alguna²⁴.

De este modo, el legislador, al establecer el art. 9.8 *in fine* del C.C., tenía como objetivo aplicar la nueva regla solo a los derechos no sucesorios, a las llamadas *mortis causa capiones*, que tienen su causa inmediata en el matrimonio y no en la muerte del *de cuius*, pero que no surgen hasta el fallecimiento de uno de los esposos. A partir de ello, sería razonable aplicar la ley reguladora de los efectos del matrimonio a los citados derechos y entender que entre “los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyan al cónyuge supérstite” no estarían incluidos los derechos sucesorios reconocidos al viudo con carácter legitimario, intestado, testado, porque no resultarían del contrato matrimonial. Así que los derechos de carácter sucesorio, no contractual-matrimonial, serían regidos por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, y no por la ley que regularía los efectos del matrimonio. Por consecuencia, seguiría siendo indispensable la calificación de cada beneficio concreto al viudo para determinar si debería regirse por la ley de los efectos del matrimonio o por la ley sucesoria²⁵.

De manera general, la tesis restrictiva cumple los siguientes requisitos: respetar la lógica interna de las instituciones en juego (los beneficios familiares provenientes de la celebración del matrimonio serían regulados por la ley de los efectos del matrimonio mientras que los beneficios de carácter sucesorios estarían sometidos a la ley sucesoria); no deformar las normas sucesorias intestadas (si se tiene en cuenta la tesis extensiva se podría originar una distorsión en las normas que rigen la sucesión intestada porque alteraría el orden de suceder, ya que este sería determinado por la ley que rige los efectos del matrimonio y no por la ley sucesoria); respetar los principios de unidad y de universalidad de la ley reguladora de la sucesión (no se aplicaría a una misma sucesión dos leyes distintas, la ley nacional del causante – art. 9.8 primer inciso – y la ley de los efectos del matrimonio – art. 9.8 *in fine*); cumplir la finalidad del legislador al prever tal inciso (la Ley 11/1990, en la redacción de los arts. 9.2 y 9.3 del C.C., no se refirió expresamente a los efectos patrimoniales del matrimonio, pero se debería entender que los efectos patrimoniales a favor del viudo por motivo de la existencia del matrimonio, seguirían existiendo y deberían ser regulados por la ley que rige los efectos del matrimonio y no por la ley sucesoria)²⁶.

²⁴ J.A. MARÍN SÁNCHEZ, “Derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley nacional del causante. Comentario del artículo 9.8 *in fine* del Código Civil”, *LN*, noviembre de 1992, p. 19.

²⁵ L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. II, Barcelona, Bosch, 1991, p. 280.

²⁶ J.Mª. NAVARRO VIÑUELAS, “Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código Civil”, *LN*, diciembre de 1995, pp. 38-42.

Asimismo, también se argumentó que el objetivo principal de la Ley 11/1990 era “la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo”, lo que quería decir que si en el momento del fallecimiento de uno de los esposos, ambos poseyesen la misma nacionalidad, sería esta la ley que regiría la sucesión, incluidos los derechos sucesorios del viudo. Ahora, si en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges, estos tuviesen nacionalidades distintas, para que no se produjera un trato discriminatorio entre los esposos o desigual, ya que las leyes de sus respectivas nacionalidades podrían reconocer diferentes derechos al cónyuge supérstite, el legislador decidió someter los derechos sucesorios del esposo supérstite a una norma común a ambos, o sea, la ley que rige los efectos del matrimonio, conforme al art. 9.8 *in fine* del C.C. De esta forma, si los cónyuges poseyesen nacionalidades diferentes, la ley de los efectos del matrimonio regularía todos los derechos del viudo, tanto los de orden familiar como los sucesorios²⁷.

Por otro lado, los defensores de la tesis extensiva sostuvieron que los derechos que por ministerio de la ley correspondiesen al viudo se regirían por la ley rectora de los efectos del matrimonio, fueran o no estos derechos de naturaleza sucesoria, por dos motivos: limitar el alcance del inciso final del art. 9.8 del C.C. tan solo a los derechos del esposo sobreviviente distintos de los de naturaleza sucesoria convertiría en inútil y vaciaría de contenido el citado dispositivo, puesto que la previsión del art. 9.2 del C.C. se bastaba para regular los derechos de naturaleza no sucesoria; corregir un eventual problema de desajuste ocasionado por las circunstancias de doble ventaja o de doble perjuicio para el esposo supérstite, resultantes de la sumisión de sus derechos a una ley sucesoria distinta de la ley que rige los efectos del matrimonio. Si los esposos eligen un régimen económico distinto del régimen legal previsto por la ley rectora de los efectos del matrimonio o si dichos derechos varían en función de la existencia o no de testamento, es evidente que esto altera los presupuestos de base del art. 9.8 *in fine* del C.C., cuyo objetivo es recomponer la posible incoherencia provocada por la aplicación distributiva de dos leyes distintas. Consecuentemente y de forma excepcional, en estos casos, el art. 9.8 *in fine* del C.C. no debería aplicarse, para proteger el resultado material al que sirve²⁸.

Además, el art. 9.8 del C.C. induce a pensar que estamos ante derechos estrictamente sucesorios, pues al prever la necesidad de dejar a salvo las legítimas de los descendientes, tal previsión no tendría sentido si el contenido de la norma se limitara a los derechos no sucesorios derivados del matrimonio. De esta forma, la finalidad del legislador es que todos los derechos atribuidos por la ley al cónyuge supérstite, independientemente de su naturaleza matrimonial o sucesoria, se sometan a la misma ley (ley que regula los efectos del matrimonio), si bien que el llamamiento intestado se rige por la ley nacional del causante, evitando así los posibles problemas de calificación que podrían surgir en caso contrario.

²⁷ H. ROMERO HERRERO, “Determinación del régimen económico matrimonial: conflictos interregionales”, *RJN*, n° 14, abril-junio 1995, pp. 148-150.

²⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, en: T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 143-145.

A partir de lo expuesto, es incontestable que el objetivo del art. 9.8 *in fine* del C.C. es lograr una “coherencia legislativa”. Para un sector doctrinal²⁹, la citada coherencia se refiere a que los derechos sucesorios estén sometidos a la ley sucesoria y los derechos familiares a la ley que rige el matrimonio. En nuestro juicio, dicha coherencia consiste en que una misma ley, la que rige los efectos del matrimonio, regule tanto los derechos sucesorios como los familiares que correspondan al esposo sobreviviente.

En definitiva, aunque se afirme que la tesis restrictiva simplifica la actuación notarial en las declaraciones de herederos, pues habría que atender únicamente a la ley sucesoria, está claro que la referida tesis está en contra del tenor literal del precepto sino también de su ubicación sistemática e incluso de los antecedentes doctrinales y legislativos de este dispositivo.

4. La ley de los efectos del matrimonio *versus* la ley sucesoria

El art. 9.8 *in fine* del C.C. prevé que los derechos atribuidos por ley al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, es decir, a la designada por el art. 9.2 del C.C. Se deduce que lo importante es el momento de la abertura de la sucesión del causante y no el momento de celebración del matrimonio dado que estamos ante una norma sucesoria, y además, la remisión que hace aquel precepto a la ley reguladora de los efectos del matrimonio se refiere a los derechos que esta ley otorga en el momento del fallecimiento del causante³⁰. Como ya hemos señalado, este inciso surgió con la finalidad de evitar un problema de inadaptación o desajuste entre la ley sucesoria del cónyuge viudo y la ley aplicable a la disolución del régimen económico matrimonial³¹.

Anteriormente a la Ley 11/1990, había un desentendimiento, por parte de los tribunales españoles, de las supuestas consecuencias desfavorables para el cónyuge supérstite de la aplicación de normas materiales distintas para la determinación de sus derechos matrimoniales y sucesorios. Por este motivo, entendemos el por qué el legislador optó por la solución contenida en el art. 9.8 del C.C.

En efecto, se trata de una adaptación mediante la vía conflictual, que no atiende al resultado material, pues no es necesario establecer o comprobar la existencia del desajuste, ya que la ley que regula los efectos del matrimonio va a determinar directamente los

²⁹ J.M^a. NAVARRO VIÑUELAS (nota 26), pp. 36-37.

³⁰ A. CALATAYUD SIERRA, “Ley aplicable y conflictos de leyes en Derecho de sucesiones”, en: M.D. Álvarez García / F. Zubiri de Salinas (dirs.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 84-85.

³¹ En cuanto al art. 9.8 *in fine* del C.C. ÁLVAREZ GONZÁLEZ subraya que: “Aunque el precepto se aplica tanto en el ámbito internacional cuanto en el interregional, es, precisamente, en el contexto de los conflictos de leyes suscitados como consecuencia de la pluralidad jurídica española, en el que recientemente, las citadas Resoluciones de la DGRN han puesto sobre la mesa el debate sobre el alcance de esta solución *ad hoc*. Los potenciales problemas interregionales en este ámbito son de la misma enjundia que los que se pueden plantear a nivel internacional, pero mucho más numerosos en la práctica española”. *Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (nota 28), p. 134.

derechos sucesorios del esposo superviviente mientras que la ley sucesoria va a intervenir para proteger las legítimas de los descendientes. De ser así, el DIPr español optó por una solución que atiende a la seguridad jurídica porque no crea una respuesta material *ad hoc*, sino que ejecuta una modificación legislativa que elimina la aplicación de varias leyes.

Es indudable que la adaptación contenida en el último inciso del art. 9.8 del C.C. no posee el carácter correctivo que tiene en sí misma la técnica de la adaptación porque no es una reacción al desajuste material, sino que es una norma que regirá los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. De manera acertada, Zabalo Escudero³² diserta lo siguiente sobre la adaptación prevista en el art. 9.8 *in fine* del C.C.: “(...) no está llamada a intervenir como una solución a un problema de distorsión entre la ley del régimen y la sucesoria, una vez constatada la existencia del mismo, sino que la función que cumple es precisamente la de evitar que el problema surja, es por tanto, más una solución preventiva que una solución correctora”.

En el caso en que la ley de los efectos del matrimonio y la ley sucesoria sea la misma, será irrelevante la aplicación del inciso examinado. Ahora bien, si la ley de los efectos del matrimonio y la ley sucesoria son diferentes, la primera será aplicada a los derechos sucesorios del viudo independientemente de la existencia o no del desajuste porque se trata de una solución preventiva, no correspondiendo al juez analizar el contenido de las mismas para justificar la adaptación.

La previsibilidad jurídica, en cuanto a las expectativas sucesorias de los esposos, está garantizada por la previsión del art. 9.8 *in fine* del C.C. porque la ley que rige los efectos del matrimonio, y que también determinará los derechos sucesorios del viudo, es la ley que estuvo presente durante toda la vida matrimonial, y por consecuencia, no alterará las situaciones creadas por los cónyuges con arreglo a la misma.

Además, la Constitución asegura la posición de igualdad entre los esposos durante el matrimonio, y es coherente que tal igualdad también sea garantizada después del fallecimiento de uno de los cónyuges. Conforme a esta idea, si la determinación de los derechos sucesorios del viudo depende de la ley de los efectos del matrimonio, estos derechos siempre serán los mismos con independencia de cuál esposo fallezca primero. Si por el contrario, los referidos derechos dependieran de la ley sucesoria, pudiendo ser esta diferente para cada cónyuge, la situación del esposo superviviente sería diferente en función de cuál de ellos muriera antes.

Es importante destacar que en una sucesión en que participan el esposo sobreviviente y los legitimarios del *de cuius*, es indispensable que exista un equilibrio entre los intereses concurrentes, sin que ninguno de ellos prevalezca. A partir de ello, si se considera el carácter unitario de la ordenación patrimonial que genera el matrimonio, mientras existe y después de su extinción, es coherente que la ley que rige los efectos del matrimonio también determine los derechos sucesorios del viudo. En relación con los intereses de los legitimarios, concretados en el respeto a los derechos sucesorios, estos

³² M^a.E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo: estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 107.

pueden materializarse mediante una corrección a la ley de los efectos del matrimonio, salvando, como prevé el art. 9.8 del C.C., las legítimas de los descendientes³³.

En definitiva, podemos concluir que el sistema jurídico español optó por la adaptación mediante la vía conflictual, y que debido a las ventajas de la aplicación de la ley de los efectos del matrimonio a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, esta es la mejor solución.

5. La elección por la ley rectora de los efectos del matrimonio

El art. 9.8 del C.C., al realizar la adaptación en la norma de conflicto sobre sucesiones, no somete los derechos del cónyuge viudo a la ley del régimen económico, sino que utiliza una categoría más amplia, la de efectos del matrimonio, la cual abarca las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges.

La reforma ha unificado en una solo categoría el conjunto de consecuencias derivadas del matrimonio, solucionando las dificultades de coordinación entre las relaciones personales, patrimoniales de los esposos y el régimen matrimonial primario, que no forma parte del régimen económico del matrimonio en sentido estricto pero se relacionan entre sí, resultando inoportuno someterlos a diferentes leyes.

La unificación de la ley aplicable a todas las cuestiones de la vida de los esposos es evidenciada cuando el art. 9.8 *in fine* del C.C. establece que los derechos del cónyuge supérstite se someterán a la categoría general de los efectos del matrimonio, en él incluido el régimen matrimonial, porque a partir de este momento se aplica una sola ley al conjunto del patrimonio familiar.

Un sector doctrinal³⁴ critica el legislador de 1990 por él no haber aclarado el objetivo buscado con la inclusión del inciso final del art. 9.8 del C.C., porque si fuera solucionar los problemas de inadaptación entre la liquidación del régimen económico matrimonial y la sucesión debería referirse expresamente a la ley que regule esta liquidación; y afirma que este precepto, a pesar de ser una norma de DIPr, está redactado pensando exclusivamente en el Derecho español, ya que es difícil encontrar un concepto similar al español de “efectos del matrimonio” fuera de lo que es el régimen económico matrimonial propiamente dicho.

Algún autor³⁵ advierte que el régimen pactado, además de poder ser regulado por la ley de los efectos del matrimonio, puede someterse a una ley distinta, como la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de uno de los esposos en el momento del otorgamiento, de acuerdo con el art. 9.3 del C.C., lo que posibilita la disociación entre el

³³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 242.

³⁴ A. CHAVES RIVAS, “La posición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional español: evolución y situación actual”, disponible en: <http://www.notariachaves.com/articulos/POSICION%20DEL%20CONYUGE%20VIUDO%20EN%20DERECHO%20INTERNACIONAL%20E%20INTERREGIONAL.pdf>.

³⁵ M^a.E. ZABALO ESCUDERO (nota 32), pp. 125-126.

régimen económico y la ley rectora de los demás efectos del matrimonio. De ser así, la autonomía de la voluntad que rige el régimen pactado permite de manera limitada separar la regulación del régimen económico del conjunto de los efectos del matrimonio. A falta de pacto, la ley aplicable a los efectos del matrimonio será determinada por el régimen económico matrimonial legal, según el art. 9.2 del C.C.

A partir de ello, conforme al texto del último inciso del art. 9.8 del C.C., podría interpretarse que los derechos del cónyuge viudo se someten a la ley de los efectos del matrimonio, aunque el régimen económico no fuera regulado por la citada ley. No obstante, esta solución no sería coherente, ya que los derechos sucesorios son precisamente los derivados del régimen económico matrimonial, incluso la formación del patrimonio sucesorio depende de la liquidación conyugal. Parte de la doctrina³⁶ opina que el art. 9.8 del C.C. debe ser interpretado en el sentido de que los derechos sucesorios del cónyuge superviviente serán regidos por la ley del régimen económico matrimonial, que en defecto de pacto será la de los efectos del matrimonio según el art. 9.2 del C.C.; pero, si las partes se sometieron a una ley distinta en conformidad con el art. 9.3 del C.C., será esta ley la que regulará los efectos de su matrimonio, puesto que los cónyuges tienen reconocida una autonomía de la voluntad limitada. Consecuentemente, la referencia del art. 9.8 *in fine* del C.C. a la ley rectora de los efectos del matrimonio lleva a la aplicación de la ley del régimen económico matrimonial resultante tanto del art. 9.2 como del 9.3 del C.C.

De forma acertada, Jiménez Blanco³⁷ asegura que el equilibrio entre régimen económico matrimonial y el sucesorio, del último inciso del art. 9.8 del C.C., no incluye el régimen pactado, o sea que no hay una remisión de este inciso al art. 9.3 del C.C. El equilibrio está basado en los regímenes legales porque los sistemas jurídicos suelen partir de una relación compensatoria en que una mayor participación en el patrimonio conyugal a través del régimen matrimonial corresponderá a una menor importancia de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente y vice-versa. En paralelo, está la autonomía de la voluntad de los esposos, tanto en el ámbito del régimen económico matrimonial (por medio de las capitulaciones) como en el ámbito sucesorio (a través del testamento o de los pactos sucesorios). Si los cónyuges pactan un régimen matrimonial específico, esto no significa que cambian los derechos sucesorios que corresponden al viudo por ministerio de la ley (sucesión intestada). De esta forma, es la autonomía de la voluntad de los esposos la que rompe la relación de compensación prevista legalmente, sin que el legislador reestructure el régimen sucesorio a partir del régimen económico matrimonial pactado. Por ello, no está justificado intentar reestructurar el desequilibrio que los cónyuges introdujeron en el régimen matrimonial sometiendo los derechos sucesorios del viudo al mismo Derecho que las capitulaciones matrimoniales.

Otro argumento en contra de la aplicación del art. 9.3 del C.C. al régimen sucesorio del esposo superviviente se refiere a la imposibilidad material de determinar una única ley rectora del régimen matrimonial pactado, en el caso en que las capitulaciones matrimoniales

³⁶ E. RODRÍGUEZ PINEAU (nota33), p. 243; M^a.E. ZABALO ESCUDERO (nota 32), pp. 126 -128.

³⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales”, *AEDIP*, t. III, 2003, pp. 346-347.

son válidas conforme a varios de los derechos previstos en la disposición en cuestión, no siendo posible establecer el derecho rector del régimen sucesorio del cónyuge superviviente. En efecto, todavía deberemos esperar a más interpretaciones jurisprudenciales para conocer el devenir del art. 9.8 *in fine* del C.C.

IV. La reglamentación de la sucesión internacional en la Unión Europea

Es cierto que más de 11,7 millones de ciudadanos de la UE viven en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, lo que complica las sucesiones originadas en el seno de la Unión. La diversidad de Derechos aplicables y la multiplicidad de autoridades que se consideran competentes, ocasionan diversas dificultades a las personas que desean organizar sus sucesiones. En conjunto, la falta de certeza sobre el impacto del Derecho sucesorio extranjero en los actos de un disponente, dificulta una apropiada previsión sobre el patrimonio propio y su transmisibilidad, también en vida³⁸.

Ante estos problemas, el 4 de julio de 2012, fue aprobado el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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. Es importante destacar que el citado Reglamento fue publicado en el Diario Oficial de la UE el día 27 de julio de 2012, pero sus disposiciones serán aplicadas a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esta fecha.

Los principales objetivos del Reglamento son: garantizar la seguridad jurídica y la coherencia de las normas aplicables; ofrecer a los testadores una mayor flexibilidad en la elección de la ley aplicable; asegurar los derechos de los herederos, legatarios y otras personas interesadas³⁹.

Asimismo, el Reglamento no se refiere directamente al derecho material porque no se busca un derecho europeo de sucesiones, y sí la armonización de las normas de conflicto de leyes y de conflicto de jurisdicciones; sin embargo, es evidente que una unificación de las normas de competencia judicial y de las normas de conflicto, que simplificarán el reconocimiento, influirán de manera decisiva en la regulación material y procesal de los ordenamientos jurídico de los Estados miembros de la UE⁴⁰.

³⁸ M. SALORD, “Vers une simplification de règlement des successions transfrontalières au sein de l’Union européenne”, *AJ Famille*, 2009, p. 418; M.C. DE LAMBERTY-UTRAND, “Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille? Le Livre vert sur les successions et les testaments”, *IS*, n° 129, 2006, p. 85.

³⁹ COMISSÃO EUROPEIA, “A proposta da Comissão Europeia para reduzir as formalidades jurídicas das sucessões transfronteiriças dá um importante passo em frente no Parlamento Europeu”, 01/03/2012.

⁴⁰ A. FONT SEGURA, “Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial”, en: R. Viñas / G. Garriga (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 81.

El Reglamento está estructurado de la siguiente manera: el Capítulo I describe el ámbito de aplicación y definiciones; el Capítulo II establece las normas de competencia; el Capítulo III determina la ley aplicable; el Capítulo IV trata del reconocimiento y ejecución del certificado sucesorio europeo; el Capítulo V se refiere a los documentos públicos y a las transacciones judiciales; el Capítulo VI regula el certificado sucesorio europeo; el Capítulo VII define las disposiciones generales y finales.

Conviene destacar que el Reglamento incluye en su concepto todos los aspectos y todas las formas de sucesión a causa de muerte (*ab intestat*, testamentaria, pacto sucesorio), y establece las materias de derecho material incluidas e excluidas en su ámbito de aplicación. Como materia excluida, están las cuestiones referentes al régimen económico matrimonial; por ello, algún autor⁴¹ opina que el Reglamento debería haber aclarado que los derechos sucesorios del viudo se refieren a aquellos derechos que no provienen del régimen económico matrimonial.

Aunque es cierto que en algunas situaciones la *professio iuris* puede facilitar que el régimen matrimonial y el sucesorio estén sometidos a una misma ley, el Reglamento debería haber posibilitado al *de cuius* casado elegir la misma ley de su régimen matrimonial a su sucesión⁴², lo que no fue establecido.

Además, se constata que fue un error del Parlamento Europeo y del Consejo que el Reglamento no armonice ni coordine las leyes que rigen el régimen matrimonial y la sucesión, pues la posible inadaptación entre estas leyes suscita varios problemas en la UE. Con ello, es improbable que este texto jurídico garantice los derechos sucesorios de los herederos y/o legatarios del causante, ya que en este concepto se incluye la protección de los derechos del cónyuge superviviente, la cual no está asegurada por este instrumento.

V. Conclusiones

Con la muerte de uno de los esposos, antes de establecer los derechos sucesorios del viudo, es indispensable la disolución de su régimen matrimonial, lo que demuestra la interdependencia existente entre el régimen del matrimonio y el sucesorio. De esta forma, las legislaciones utilizan el régimen matrimonial y la sucesión para, de una manera o de otra, satisfacer la posición del cónyuge superviviente, determinando derechos que provienen de uno o de otro.

Como existe una importante interdependencia entre el régimen del matrimonio y el sucesorio, puede que tanto la ley aplicable al régimen matrimonial como la ley aplicable a la sucesión beneficie al cónyuge superviviente; puede que ninguna de las dos leyes le favorezca; y puede que solamente una de las dos le beneficie. Así que la aplicación de la ley del régimen

⁴¹ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “El ámbito de la ley aplicable, incluida la administración de la sucesión”, disponible en: <http://www.successions-europe.eu/event-downloads/Blanco-Morales-ES.pdf>.

⁴² MAX PLANCK INSTITUTE, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, disponible en: http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/mpi_comments_succession_proposal.pdf.

matrimonial y de la ley sucesoria puede alcanzar resultados drásticamente distintos e injustos al viudo. Para comprobar la importancia de este ajuste, observamos dos sistemas jurídicos pertenecientes a la UE, Francia y España, y a partir de ellos, examinamos la situación del esposo sobreviviente.

Conforme lo examinado, concluimos que el DIPr español soluciona la falta de coordinación entre la disolución del régimen matrimonial y del régimen sucesorio por medio de la adaptación conflictual (preferencia por calificar los derechos del cónyuge superviviente dentro del régimen económico del matrimonio), lo que significa que a los derechos sucesorios del viudo será aplicable la ley de los efectos del matrimonio, o sea, ley del régimen económico matrimonial. Por el contrario, el DIPr francés no prevé una norma que resuelva la inadaptación, ni tampoco los jueces franceses armonizan las normas materiales extranjeras con la finalidad de solucionar el desajuste entre la ley aplicable al régimen matrimonial y la ley aplicable a la sucesión.

Para que la adaptación no dependa de la actuación del juez, creemos que la adaptación conflictual, mediante el establecimiento de una ley que prevea la solución del problema, es la mejor opción.

A partir del modelo español, para asegurar los derechos del esposo sobreviviente, el Reglamento sobre sucesiones debería haber establecido una norma de conflicto que sometiera los derechos sucesorios del viudo a la ley aplicable al régimen matrimonial, desde que no existiera la autonomía de la voluntad de las partes en materia de régimen matrimonial ni sucesoria, que pudiera variar los derechos del cónyuge superviviente. En el caso en que se ejerciera la autonomía de la voluntad, modificando los derechos del esposo sobreviviente, los derechos sucesorios del viudo deberían ser regidos por la ley sucesoria. Asimismo, en relación con los intereses de los legitimarios, se podría prever, como en el ordenamiento jurídico español, que los derechos sucesorios del cónyuge superviviente se regirán por la ley que regula el régimen matrimonial, respetando siempre la legítima de los descendientes.

Sin embargo, el Reglamento, lamentablemente, no armoniza ni coordina las leyes aplicables al régimen matrimonial y a la sucesión, lo que no garantiza los derechos del esposo superviviente, ni tampoco asegura que la ley que rige el régimen matrimonial de los esposos también pueda ser designada por el *de cuius* para reglamentar su sucesión.

VI. Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío”, en: T.F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, Secretariado de publicaciones e intercambio editorial, Universidad de Valladolid, 2004.
- AUDIT B., *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Economica, 2008.

- BILLARANT S., *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales: réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, Dalloz, 2004.
- BLANCO-MORALES LIMONES P., “El ámbito de la ley aplicable, incluida la administración de la sucesión”, en: <http://www.successions-europe.eu/event-downloads/Blanco-Morales-ES.pdf>.
- BOULANGER F., *Droit international des successions: nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004.
- BOULANGER F., *Les successions internationales: problèmes contemporains*, Paris, Economica, 1981.
- BUREAU D. / MUIR WATT H., *Droit international privé*, t. II, partie spéciale, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.
- CALATAYUD SIERRA A., “Ley aplicable y conflictos de leyes en Derecho de sucesiones”, en: M.D. Álvarez García / F. Zubiri de Salinas (dirs.), *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- CALVO CARAVACA A.L., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, año XLII, n° 502-503, 1986-II.
- CHAVES RIVAS A., “La posición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional español: evolución y situación actual”, en <http://www.notariachaves.com/articulos/posicion%20del%20conyuge%20viudo%20en%20derecho%20internacional%20e%20interregional.pdf>.
- COMISSÃO EUROPEIA, “A proposta da Comissão Europeia para reduzir as formalidades jurídicas das sucessões transfronteiriças dá um importante passo em frente no Parlamento Europeu”, de 1 de marzo de 2012.
- COUCHEZ G., *Essai de délimitation du domaine de la loi applicable au régime matrimonial*, Paris, Dalloz, 1972.
- DÖRNER H. / LAGARDE P., *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Würzburg, DNotI, 2002.
- FONT SEGURA A., “Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial”, en: R. Viñas / G. Garriga (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2009.
- GORE M., *L'administration des successions en droit international privé français*, Paris, Economica, 1994.
- JIMÉNEZ BLANCO P., “Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales”, *AEDIPr*, t. III, 2003.
- LACRUZ BERDEJO J.L., “El congreso nacional de derecho civil de 1946”, *ADC*, t. I, 1948.
- LAMBERTYE-AUTRAND M.C. DE, “Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille? Le Livre vert sur les successions et les testaments”, *IS*, n° 129, 2006.
- MARÍN SÁNCHEZ J.A., “Derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge sobreviviente: se rigen por la ley nacional del causante. Comentario del artículo 9.8 *in fine* del Código Civil”, *LN*, noviembre de 1992.

- MAX PLANCK INSTITUTE, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, en:http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/mpi_comments_succession_proposal.pdf.
- MAYER P. / HEUZE V., *Droit international privé*, 9ª ed., Paris, Montchrestien, 2007.
- NAVARRO VIÑUELAS J.Mª., “Notas sobre la interpretación del inciso final del artículo 9.8 del Código Civil”, *LN*, diciembre de 1995..
- PECOURT GARCÍA E., *Derecho internacional privado español: jurisprudencia sistematizada y comentada I*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1976.
- PELAYO HORÉ S., “El congreso nacional de derecho civil”, *RGLJ*, t. 180, 1946.
- RAAPE L., “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du Droit international privé”, *RCADI*, t. 50, 1934-IV.
- REVILLARD M., “La liquidation d’une succession internationale: difficultés rencontrées dans la pratique notariale”, *RCDIP*, 1978.
- RIGAUX F., *La théorie des qualifications en Droit international privé*, Bruxelles, F. Larcier S.A., 1956.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho de sucesiones*, t. II, Barcelona, Bosch, 1991.
- RODRIGUEZ PINEAU E., *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002.
- ROMERO HERRERO H., “Determinación del régimen económico matrimonial: conflictos interregionales”, *RJN*, nº 14, abril-junio 1995.
- SALORD M., “Vers une simplification de règlement des successions transfrontalières au sein de l’Union européenne”, *AJ Famille*, 2009.
- VON OVERBECK A.E., “La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé”, B.L. Fredericq, *Liber Amicorum*, vol. II, Gent, E. Story- Scientia, 1966.
- ZABALO ESCUDERO Mª.E., *La situación jurídica del cónyuge viudo: estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993.

Por uma fundamentação humanista da autonomia da vontade em direito internacional privado

Lucas SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA*

Resumo

O princípio da autonomia da vontade é hoje reconhecido como uma regra geral em matéria de contratação internacional. Verifica-se, também, que a ideia de que às partes deve ser dada a prerrogativa para definir a lei que será aplicada às suas relações jurídicas pluriconectadas vem aumentando seu escopo de aplicação, sendo hoje aceito em áreas antes impensadas, como, por exemplo, direito de família, sucessões e até responsabilidade extracontratual. Mesmo com todo este avanço a fundamentação sobre o real significado de sua existência, defesa e aplicação encontra déficits na atualidade. Defende-se que para que se possa entender seu real significado o homem deve ser colocado no centro das atenções, sendo este o trabalho que se busca desenvolver.

Abstract

The principle of party autonomy is now recognized as a general rule for international contracts. It appears, as well, that the idea that the parties should be given the prerogative to define the law that will apply to their transnational legal relationships has increased its scope of application, and is now accepted before unthinkable areas, such as family law, succession and even tort. Despite all this progress the reasoning about the real meaning of its existence, defense and application finds deficits today. It is argued that to understand its real meaning man should be put in the spotlight, what this paper seeks to develop.

Registro bibliográfico

SÁVIO OLIVEIRA DA SILVA, Lucas, “Por uma fundamentação humanista da autonomia da vontade em direito internacional privado”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp.167-181.

Descriptor/ descriptors

- direito internacional privado, autonomia da vontade, fundamentação, homem, lei aplicável
- private international law, party autonomy, reasoning, men, applicable law

* Estudante de mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais. O presente artigo é resultado das pesquisas e dos debates desenvolvidos na disciplina “Temas de Direito Internacional Público – Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado Contemporâneo”, ministrada no primeiro semestre de 2014 pelo Prof. Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido e pelo Prof. Dr. Pietro Franzina no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFGM). O trabalho também é um dos produtos da participação do autor nos Grupos de Pesquisa interinstitucionais “Estado, Relações Privadas Transnacionais nas Fronteiras da Tecnologia e Inovação”, e “Direito Internacional Privado no Brasil e nos Foros Internacionais”, cujas descrições atualizadas se encontram na base de dados do Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.

Sumário: I. Introdução. II. O conceito de autonomia. III. Uma diferenciação necessária. IV. Breves considerações sobre o caso brasileiro. V. A fundamentação do princípio: o ser humano. 1. A visão centrada no Estado. 2. A necessidade de colocar o homem no centro. VI. Problematisando o princípio da autonomia da vontade. VII. Conclusões.

I. Introdução

Recentemente, em oito de maio de 2014, foi promulgado o Código de Direito Internacional Privado da República do Panamá¹. Além de garantir a autonomia da vontade para escolha da lei aplicável em contratos internacionais², a novel legislação permite que as partes submetam o contrato a uma ou mais leis sempre que a natureza do negócio jurídico o permita, a chamada *depeçage*, devendo sempre o direito aplicável ter alguma relação com a transação ou derivar-se de uma lei conhecida pelos contratantes³.

Não mais causa qualquer espanto nos dias atuais estas disposições, um tanto quanto abertas às múltiplas possibilidades que podem surgir tão só da vontade das partes envolvidas no negócio jurídico. A autonomia da vontade é tida hoje como a regra em contratos internacionais, ainda que existam exceções, como no caso brasileiro.

É possível observar que atualmente o princípio vem ganhando força em outras áreas impensáveis até pouco tempo, como o direito de família, sucessões e responsabilidade civil extracontratual, como ocorre respectivamente nos regulamentos 1259/2010 do Conselho Europeu (Roma III), 650/2012 do Parlamento e do Conselho Europeus, e 864/2007, também do Parlamento Europeu e do Conselho (Roma II), todos eles adotados no âmbito da União Europeia. Outro exemplo recente de ampliação do escopo de aplicação do princípio é a Lei da República Popular da China sobre as Leis Aplicáveis às Relações Cíveis com Elementos de Estraneidade, adota em 2010⁴.

Mesmo com toda a aceitação do princípio, necessário se faz pensar sobre as sua fundamentação. Não se pode pensar que o sucesso se deve a fins meramente utilitários e sim investigar o que de fato é a sua base e seus possíveis limites. Para tanto, este trabalho inicia com a indagação sobre o próprio conceito de autonomia (II), passa pela diferenciação entre a autonomia privada em direito civil e a autonomia da vontade em direito

¹ Trata-se da Lei nº 7, publicada no Diário Oficial (*Gaceta Oficial*) do Panamá nº 27.530, disponível em http://www.gacetao oficial.gob.pa/pdfTemp/27530/GacetaNo_27530_20140508.pdf, acesso em 27 de junho de 2013.

² Artigos 74 e 77 do Código.

³ Artigo 75 do Código.

⁴ No diploma a autonomia da vontade passa a ser a regra não só para a definição da lei aplicável às relações contratuais (art. 41), mas também à representação por mandato (art. 16), às relações fiduciárias (art. 17), à convenção de arbitragem (art. 18), às questões patrimoniais entre cônjuges (art. 24), ao divórcio consensual (art. 26), aos direitos reais de coisas móveis (art. 37), à transferência de direitos reais de coisas móveis em trânsito (art. 38), a responsabilidade civil, quando a escolha se dá após o dano (art. 44), ao enriquecimento ilícito e à gestão dos negócios (art. 47), à utilização e transferência de direitos de propriedade intelectual (art. 49) e à responsabilidade civil resultante de violações de direitos de propriedade intelectual. Uma tradução para o inglês feita por Song Lu foi publicada pelo *The Chinese Journal of Comparative Law*, S. LU, “Law of the People’s Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, vol. 1, nº 1, 2013, pp. 185-193.

internacional privado (III), tece considerações sobre como a aplicação do princípio é entendida pela doutrina no Brasil (IV), trabalha com sua fundamentação tendo como base o próprio ser humano (V), terminando por problematizá-lo a partir de ponderações que transbordam a escolha de determinada lei pelas partes envolvidas em uma relação jurídica transnacional (VI). Considerações finais são feitas a partir da reflexão sobre todo o caminho percorrido no trabalho.

II. O conceito de autonomia

Está na base do que se possa compreender por autonomia da vontade em direito internacional privado o próprio conceito do termo autonomia.

A ideia central do conceito pode ser observada na origem etimológica da palavra autonomia, que é grega. Vem da junção dos termos *auto*, que significa próprio ou si mesmo, e *nomos*, lei ou regra. O primeiro uso da palavra era estritamente político, e estava ligado às cidades-estados gregas, as quais tinham *autonomia* quando seus cidadãos faziam suas próprias leis, em oposição às cidades que eram governadas por algum poder conquistador⁵.

De acordo com John M. Cooper, as primeiras ideias relacionando autonomia como um atributo das pessoas teriam sido as de Dion de Prusa, também conhecido como Dion Crisóstomos, o qual viveu entre aproximadamente 40 d.C e 120 d.C. Segundo o autor⁶, é possível perceber que Dion defendia em seu 80º discurso que os filósofos, os quais viviam à margem da sociedade, seguindo apenas as leis naturais, ou de Zeus, teriam, de fato, autonomia. Para o filósofo, não bastava que as próprias cidades-estados fossem autônomas caso seus próprios cidadãos fossem escravos. Esta ideia de autonomia ligada à vida de acordo com as leis de Zeus também teria sido desenvolvida pelos Estoicos como a forma para que o seres pudessem definir sua conduta, tomar as próprias decisões e, neste sentido, chegar a ser autônomos⁷.

Os trabalhos desenvolvidos por Immanuel Kant, todavia, são os que mais influenciaram a ideia contemporânea que se tem de autonomia: a partir deles o conceito passa a ser eminentemente visto como uma prerrogativa dos indivíduos. Em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” Kant define o que chama de autonomia da vontade⁸: a autonomia da vontade é a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer⁹.

⁵ G. DWORKIN, *The theory and practice of autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 12.

⁶ J.M. COOPER, “Stoic autonomy”, en: E. F. Paul / F. D. Miller Jr. / J. Paul (eds.), *Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 3 ss.

⁷ J.M. COOPER (nota 6), p. 25.

⁸ Para que fique claro, o conceito de autonomia da vontade em Kant não significa o mesmo que autonomia da vontade em direito internacional privado, como se verá. A autonomia da vontade em Kant também é conhecida como autonomia moral ou autonomia Kantiana.

⁹ I. KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho, São Paulo, Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 104.

Existem, neste conceito, tanto uma noção negativa quanto uma noção positiva de liberdade. A vontade é negativamente livre por estar livre de influências externas, sendo independente até mesmo da influência do que possa ser objeto do próprio querer. O é positivamente por atuar de acordo com suas próprias leis.¹⁰ A desvinculação da autonomia de qualquer influência externa explica o fato de que ela deva atuar como lei universal. Para Kant, a própria moral seria uma lei universal, fazendo, assim, com que o conceito transcrito seja visto como o de uma autonomia moral. Interessa, deste conceito, o fato de que o homem, ser racional que é, tem a capacidade de legislar para si mesmo, ditar suas próprias regras de forma a alcançar os fins desejados.

Resumindo a ideia, John Christman afirma que a “[a]utonomia visa manifestar o autogoverno, a capacidade da pessoa para guiar sua vida a partir de sua própria perspectiva, em vez de ser manipulado por outros, ou ser forçado a um determinado caminho por forças ocultas ou irresistíveis”¹¹.

Gerald Dworkin desenvolve a seguinte concepção de autonomia: autonomia é concebida como uma capacidade de segunda ordem das pessoas de refletir criticamente sobre as suas preferências de primeira ordem, vontades, desejos, e assim por diante, e a capacidade de aceitar ou tentar mudar estes à luz de preferências e valores de ordem superior. Ao exercer tal capacidade, as pessoas definem sua natureza, dão sentido e coerência às suas vidas, e assumem a responsabilidade pelo tipo de pessoa que são.¹²

Esta concepção tem consequências práticas as quais interessam na própria reflexão sobre a autonomia da vontade em direito internacional privado como aqui pretendida. Ela traz em si a ideia de que não se trata apenas de realizar uma escolha ou governar a si mesmo, mas fazê-lo tendo como referência tanto preferências quanto valores de ordem superior.

III. Uma diferenciação necessária

Antes de prosseguir com o estudo dos fundamentos da autonomia da vontade em direito internacional privado, necessário se faz diferenciá-la do conceito de autonomia privada, próprio do direito civil.

Em linhas gerais, a noção de autonomia da vontade em direito internacional privado está relacionada com a prerrogativa conferida pelo Estado de que as pessoas, naturais ou jurídicas, quando em uma relação jurídica transnacional, escolham qual será a lei

¹⁰ M. PIPER, “Autonomy: normative”, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, disponível em: <http://www.iep.utm.edu/aut-norm/>, acesso em 01/06/2014.

¹¹ Tradução livre do inglês: “*autonomy is meant to manifest self-government, the ability of the person to guide her life from her own perspective rather than be manipulated by others or be forced into a particular path by surreptitious or irresistible forces*”. J. CHRISTMAN, “Autonomy, History and the Subject of Justice”, *Social Theory and Practice*, vol. 33, n° 1, 2007, p. 3.

¹² Tradução livre do inglês: “*autonomy is conceived of as a second-order capacity of persons to reflect critically upon their first-order preferences, desires, wishes, and so forth and the capacity to accept or attempt to change these in light of higher-order preferences and values. By exercising such a capacity, persons define their nature, give meaning and coherence to their lives, and take responsibility for the kind of person they are*”. G. DWORKIN (nota 5), p. 20.

aplicável a reger os direitos e obrigações envolvidos. Também é conhecida como autonomia da vontade conflitual.

O conceito de autonomia privada, autonomia material, por outro lado, está ligado à possibilidade conferida às partes de definir o conteúdo das obrigações que assumem entre si e, por este viés, está intrinsecamente relacionado ao direito contratual. Seu escopo de aplicação é comumente relacionado à ordem interna já que se desenvolve segundo um ordenamento jurídico concreto.

De acordo com Nádia de Araújo: [n]a ordem interna, *autonomia* significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas¹³ (grifo como no original).

A autonomia material confere a capacidade de criar normas substanciais e, inclusive, excluir normas do ordenamento que incide sobre a relação jurídica, bastando adotar normas contrárias¹⁴. Seria possível, ainda, estabelecer a incorporação de normas de outros ordenamentos, seja por referência, seja transcrevendo as normas no contrato.

A autonomia privada pode, ainda, ser vista dentro do conceito mais amplo da liberdade de contratar. Caio Mário da Silva Pereira desenvolve este raciocínio¹⁵, afirmando que vigora, em primeiro lugar, a faculdade de contratar ou não; em segundo, a faculdade de decidir com quem contratar e, ainda, que tipo de negócio jurídico efetuar; somente em terceiro lugar estaria a liberdade de definir o conteúdo do contrato segundo a conveniência dos contratantes.

Cabe ressaltar que em um contrato internacional a autonomia material também será exercida pelas partes, uma vez que: “[é] universalmente admitido que as partes podem estabelecer o conteúdo material do contrato, por meio das cláusulas que as convenham, sempre dentro do marco do direito material competente para regular dito contrato (esse direito competente será o eleito pelo legislador por meio das normas de conflito aplicáveis, ou eventualmente pelas próprias partes, caso o legislador tenha admitido a autonomia da vontade conflitual)”¹⁶.

Desta forma, nos casos em que a autonomia da vontade foi dada às partes como prerrogativa pelo legislador, a escolha da lei aplicável precederá, de forma lógica, a definição pelas partes do escopo material do contrato.

Para Antonio Boggiano as partes, no exercício de sua autonomia material em contratos internacionais poderiam, até mesmo, excluir normas imperativas do direito eleito

¹³ N. DE ARAÚJO, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 49.

¹⁴ M.G. GAITÁN, “Legislación Aplicable a los Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología”, *Revista la Propiedad Inmaterial*, nº 14, 2010, p. 144.

¹⁵ C.M.S. PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. III, Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 19 ss.

¹⁶ Tradução livre do espanhol: “Es universalmente admitido que las partes pueden establecer el contenido material del contrato, a través de las cláusulas que ellas convengan, siempre dentro del marco del derecho material competente para regular dicho contrato (ese derecho competente será el elegido por el legislador a través de las normas de conflicto aplicables, o eventualmente por las propias partes, en caso que el legislador haya admitido la autonomía de la voluntad conflictual)”, C. FRESNEDO DE AGUIRRE / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Obligaciones contractuales: aspectos generales”, en: D.P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 975.

como aplicável, bastando que se incorpore ao contrato normas materiais contrárias àquelas¹⁷.

Ressaltar a diferença existente entre os conceitos de autonomia privada e de autonomia da vontade, como neste trabalho desenvolvido, cumpre a inda o importante papel de demonstrar que a escolha da lei aplicável trasborda as questões contratuais trazidas pela autonomia material. Não à toa a possibilidade de escolha da lei aplicável vem se tornando realidade em áreas antes inimagináveis, como o direito de família.

O só fato de que uma relação jurídica poder, por seu caráter internacional, ser regulada pelas leis de mais de um ordenamento jurídico já faz com que ela não esteja intrinsecamente e *a priori* ligada a nenhum deles. Se, por um lado, relações privadas puramente domésticas não têm o poder de transpor as fronteiras estatais, estando confinadas e sendo conformadas pelas leis do Estado no qual ocorrem, as relações privadas internacionais são, por regra, transfronteiriças. E este é o elemento básico para que possa ser dada aos indivíduos a prerrogativa de definir qual será a lei aplicável ao caso pluriconectado.

Todavia, é possível verificar exemplos de ordenamentos jurídicos nos quais esta prerrogativa ainda não foi conferida pelo Estado, sendo o Brasil um desses casos.

IV. Breves considerações sobre o caso brasileiro

Como aponta Nádia de Araújo, desde a publicação da primeira obra dedicada ao direito internacional privado no Brasil, em 1863 por Pimenta Bueno, vêm os doutrinadores nacionais se debruçando sobre o estudo da autonomia da vontade e sua aplicação aos contratos internacionais no Brasil¹⁸. A título exemplificativo, o citado autor defendia a regra do *locus regit actum*, ou seja, de que a lei aplicável ao contrato deveria ser aquela do lugar em que o ato se passava ou a daquele em que fosse executado. Era, assim, avesso à ideia de que as partes tinham autonomia para definir a lei aplicável¹⁹.

Houve desde os primórdios, porém, quem defendesse a autonomia da vontade em direito internacional privado. Dentre as opiniões favoráveis, destaca-se a de Clóvis Bevilacqua, segundo o qual “[c]olocada nos seus naturais limites e agindo de acordo com a lei, a vontade é a fonte geradora das obrigações convencionais e unilaterais, consequentemente, lhe deve ser permitido, nas relações internacionais, escolher a lei a que se submetem as obrigações, livremente contraídas”²⁰.

¹⁷A. BOGGIANO, *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 502.

¹⁸ Cf. N. DE ARAÚJO (nota 13), p. 91 para uma visão completa sobre a evolução deste estudo no Brasil.

¹⁹ J.A. BUENO, *apud* N. DE ARAÚJO (nota 13), p. 94. Outro doutrinador também avesso à ideia foi Pontes de Miranda. Para ele, a autonomia da vontade não existiria em direito internacional privado nem como princípio nem como teoria aceitável. Ver P. DE MIRANDA, “La conception du Droit International Privé d’après la doctrine et la pratique au Brésil”, *Recueil des Cours*, vol. 39, 1932, p. 649.

²⁰ C. BEVILACQUA, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1934, p. 348.

Seguem os autores contemporâneos divergindo com relação à autonomia da vontade no direito internacional privado brasileiro. Toda a discussão se deve à literalidade da norma que indica a lei aplicável aos contratos internacionais atualmente em vigor:

“Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem:

- 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

- 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente²¹.

Como se pode observar, a literalidade da norma indica que as partes em um contrato internacional não têm autonomia para definir a lei a ele aplicável. Partindo desse contexto fático, divergem as opiniões. Segundo Nádia de Araújo e Fabíola Saldanha²², é possível dividir as posições doutrinárias atuais em três grupos.

O primeiro deles é composto por autores que entendem que, com a modificação das normas de Introdução ao Código Civil de 1916, as quais expressamente permitiam a escolha da lei aplicável pelas partes²³, a autonomia da vontade foi proibida no direito brasileiro, passando a regra do *lex loci celebrationis* a ser a única possibilidade. O segundo defende que, de forma indireta, a autonomia da vontade permanece sendo uma faculdade das partes, desde que o contrato seja celebrado em um país que autorize a autonomia da vontade²⁴. O terceiro defende que a autonomia da vontade permanece em vigor uma vez que não foi excluída expressamente pelo Decreto-lei 4.657/1942. Além disso, entendem estes que a expressão “reputa-se”, constante do Art. 9º.2, significa o mesmo que “salvo estipulação em contrário”, tal qual estava expressamente previsto na norma que foi modificada, mais um indicativo da autonomia.

Uma vez apontado o contexto doutrinário atual no Brasil, parte-se para a fundamentação do princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado.

²¹ Art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657/1942 (“LINDB”).

²² N. DE ARAÚJO / F. SALDANHA, “Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning international contracts”, *Panorama of Brazilian Law*, vol 1, nº 1, 2013, p. 78

²³ O art. 13 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, estabelecia: “Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas”.

²⁴ Amílcar de Castro explica bem, porém, que o fato de submeter-se à lei de determinado país por ser lá o local de contratação em nada tem a ver com a autonomia da vontade em direito internacional privado: “qualquer pessoa, em vez de contratar no próprio lugar de seu domicílio, pode preferir realizar o contrato em país estrangeiro e, então submeter-se voluntariamente ao direito desse país. Mas, [assim], a pessoa não escolhe o direito; somente pratica o ato de que depende a aplicação do direito. E não é nesse sentido de submissão voluntária que se fala de autonomia da vontade na esfera do direito internacional privado. Pela expressão autonomia da vontade, o que se pretende afirmar é que as partes, realizando seus contratos no lugar onde normalmente costumam realizá-los, se o fato for anormal, poderão escolher, para apreciá-lo, qualquer direito com que esteja em referência, nacional ou estrangeiro”. A. DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 5ª ed. aumentada e atualizada com notas de rodapé por Osíris Rocha, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 437.

V. A fundamentação do princípio: o ser humano

Erik Jayme ensina que, no contexto globalizado atual, a proteção da pessoa humana deve ser feita muito mais por meio da reafirmação da autonomia da vontade que por leis imperativas impostas sem levar em consideração as necessidades do indivíduo²⁵. É sob esta perspectiva, a que coloca o ser humano como elemento central para o direito internacional privado, que deve ser entendida a autonomia da vontade.

Defende-se que as normas de direito internacional privado devem estar pautadas pelo alcance da justiça e do bem de cada um dos envolvidos no caso concreto, sejam eles indivíduos, pessoas naturais, ou coletividades com personalidade jurídica reconhecida. Conferir às partes a possibilidade de escolher a lei aplicável é levar em consideração o caso concreto e dar a elas o crédito sobre sua capacidade de definir o que, no contexto de sua relação jurídica, é a solução mais justa.

Ainda quando se reconhecem limites à autonomia da vontade, existentes por força de questões de ordem pública, permanece o homem no centro, já não como indivíduo, mas como coletividade socialmente organizada para a qual alguns valores, por sua importância, não podem ser afastados.

Este posicionamento não é, todavia, a regra.

1. A visão centrada no Estado

Irineu Strenger ensina que, normalmente, o primeiro fundamento aludido pelos autores para explicar a existência do direito internacional privado é, justamente, a existência de conflitos de leis no espaço. “Em princípio, quando há divergência entre leis de diferentes países, criando, portanto, conflitos legislativos interespaiais, o direito internacional privado intervém”²⁶.

Esta ideia, a de que um caso com elementos de estraneidade faz com que surja um conflito entre as leis dos Estados que, de alguma maneira, estão envolvidos, os quais teriam interesse de que sua própria lei fosse aplicada, revela que o foco está nos Estados, na lei nacional²⁷. Existiria uma batalha entre os Estados para ver sua própria lei sendo aplicada.

O conflito de leis, além de designar a situação apresentada, é também o termo utilizado para dar nome à disciplina em algumas tradições jurídicas, que passa a ser designada *conflict of laws*. Ressalte-se também que mesmo a designação “direito internacional privado” carrega consigo uma ideia voltada para os Estados já que, mesmo tratando de relações privadas, ele não deixa de ser “inter-nacional”.

Não se esqueçam, ainda, as críticas, por certo hoje ultrapassadas, de que não existiriam na disciplina os elementos que carrega em seu nome: por ser o Estado o

²⁵ E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, vol. 282, 2000, pp. 9 ss.

²⁶ I. STRENGER, *Direito Internacional Privado*, 5ª ed., São Paulo, LTR, 2003. pp. 32-33.

²⁷ M. LEHMANN, “Liberating the individual from battles between states: justifying party autonomy in conflict of laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008, p. 398.

definidor das normas de conflito existiria, segundo essa visão, direito público estatal para a definição de lei aplicável. Nada teria de internacional e nem mesmo de privado. Mais uma vez, o Estado está no centro.

A grande questão que se coloca é que estas visões acabam por negligenciar os destinatários das normas, ou melhor, aqueles que estão envolvidos no caso para o qual se busca uma solução, os indivíduos.

Mathias Lehmann chama a atenção para o fato de que, no fundo, colocar o Estado no centro é a principal causa para que não se compreenda os fundamentos da autonomia da vontade²⁸. É dessa visão que surgem incompreensões sobre a matéria, gerando reflexões não fundadas sobre a impossibilidade de atribuição de poder legislativo ao indivíduo ou mesmo sobre a sua incapacidade para derrogar normas imperativas.

Para Lehmann “[a]inda que seja verdade que os conflitos de leis surgem do fato de que o mundo é composto de Estados territoriais com sistemas legais diferentes e divergentes, a solução para o problema não se encontra necessariamente em enxergar todos os casos através das lentes dos territórios estatais ou dos interesses estatais. O que se tende a esquecer é que a escolha de leis, assim como qualquer outro ramo do direito, em última análise, diz respeito às relações humanas”²⁹.

Este é um resgate essencial para a disciplina, necessário para que se possa avançar nos fundamentos não apenas da autonomia da vontade, como pretende este trabalho, mas do direito internacional privado como um todo.

2. A necessidade de colocar o homem no centro

De acordo com Lehmann a origem do chamado conflito de leis não está em uma suposta batalha entre Estados para ter suas leis aplicadas, mas sim na esfera privada. Ao contrário, são as situações privadas com elementos de estraneidade que dão origem a questões sobre lei aplicável³⁰: São os indivíduos quem sentem as consequências da aplicação de uma lei em particular, e são os seus interesses que são mais diretamente afetados pela solução do litígio. Se consideramos a questão dos conflitos desta forma, é natural que as partes possam escolher a lei aplicável. Eles devem ser capazes de moldar a sua relação da maneira que quiserem³¹. Trata-se aqui do reconhecimento de que os indivíduos, sejam organizados na forma de pessoas jurídicas ou não, podem cuidar de seus próprios negócios, de suas

²⁸ M. LEHMANN (nota 27), p. 413.

²⁹ Tradução livre do inglês: “*While it is certainly true that conflicts of law arise from the fact that the world is composed of territorial states having separate and differing legal systems, the solution to the problem is not necessarily to be found in seeing every case through the lens of states' territories or states' interests. What we tend to forget is that choice of law, as every other field of law, ultimately pertains to human relations*”, M. LEHMANN (nota 27), p. 383.

³⁰ M. LEHMANN (nota 27), p. 413.

³¹ Tradução livre do inglês: “*It is the individuals who will feel the consequences of the application of a particular law, and it is their interests that are most directly concerned by the outcome of the dispute. If we consider the issue of conflicts in this way, it is only natural that the parties can choose the applicable law. They must be able to fashion their relationship the way they like*”. M. LEHMANN (nota 27), p. 414.

próprias relações jurídicas. Nas palavras de Peter Nygh, “na maior parte dos casos, os melhores juízes dos interesses das partes são as próprias partes”³².

Quando os Estados conferem poder às partes para que escolham a lei que será aplicável ao caso transnacional o que acontece, na verdade, é que ele, Estado, renuncia à sua própria prerrogativa de definir, de antemão, qual será a solução para o caso, dando este poder às partes, a quem de fato interessa definir e saber qual será a lei aplicável. “O princípio básico é o de que o que as partes queiram que aconteça deve acontecer a não que ser que o Estado tenha algum interesse imperioso e o direito de coibir a parte interessada”³³.

A existência de diversos ordenamentos jurídicos é um fato. As soluções para um mesmo caso são diversas quando comparados uns com os outros, fruto do pluralismo do direito privado. Diante deste quadro, e considerando o ponto de vista das partes envolvidas, Florian Rodl aponta três estratégias para lidar com a incerteza gerada pela possibilidade de decisões conflitantes advindas de diferentes Estados³⁴.

A primeira delas seria submeter suas relações privadas a tribunais arbitrais autônomos, os quais não estariam obrigados a qualquer consideração normativa em relação a quaisquer normas nacionais de direito privado, e sequer às relações sociais que as moldaram. A segunda envolve o desenvolvimento e o recurso a normas de um direito privado unitário para relações jurídicas transnacionais, construído por atores não-governamentais, tal como os Princípios UNIDROIT. Já a terceira estratégia seria justamente a de conferir às partes a prerrogativa de escolherem por si só a lei aplicável às suas relações jurídicas privadas transnacionais³⁵.

Às partes, as quais estão envolvidas em determinado caso, conhecem suas especificidades e discernem sobre quais seriam as melhores maneiras de com ele lidar, e enxergam em determinado ordenamento ou sistema de normas como apropriado, deve ser dada a prerrogativa de fazer a escolha por elas mesmas. Nas palavras de Lehmann, trata-se de uma solução privada para um problema gerado pelos Estados³⁶.

A possibilidade de uma solução privada não é apenas uma questão de conveniência. Trata-se, na verdade, de um interesse elementar das partes. Partindo do exemplo menos controverso em matéria de escolha de leis aplicáveis, qual seja o âmbito do direito contratual, verifica-se que as partes se obrigam contratualmente com dois interesses básicos. O primeiro deles é o de saber com exatidão as obrigações que assumem entre si e todas as regras de comportamento que por elas devem ser seguidas a partir de então; o segundo é ter a garantia de que este acordo será reconhecido pela ordem jurídica, a qual

³² Tradução livre do inglês: “*In most instances the best judges of the interests of the parties are the parties themselves*”, P.E. NYGH, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in Tort”, *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, p. 294.

³³ Tradução livre do inglês: “*The basic principle is that what the parties want to happen shall happen unless the State has a compelling interest and the right to coerce the party concerned*”, P.E. Nygh (nota 32), p. 294.

³⁴ F. RODL, “Private Law Beyond the Democratic Order - On the Legitimatory Problem of Private Law ‘Beyond the State’”, *AJCL*, vol. 56, 2008, p. 746.

³⁵ F. RODL (nota 34), pp. 746-748.

³⁶ M. LEHMANN (nota 27), p. 416.

poderá ser acionada para, em último caso, fazer valer todos os direitos encerrados no contrato³⁷. Dada a pluralidade de foros normalmente existentes nos países envolvidos e, portanto, a diversidade de regras de conflito potencialmente aplicáveis para determinar a lei aplicável em função de elementos de conexão "objetivos", a capacidade de prever a lei diminui e, ao mesmo tempo, aumenta o risco de que as partes sejam expostas a regras contraditórias de comportamento. Dadas estas incertezas, a possibilidade de designação da lei aplicável e escolha da jurisdição competente para conhecer e proteger os direitos e obrigações contratuais satisfaz um interesse básico dos indivíduos que a ordem jurídica deve proteger³⁸.

A dúvida sobre que comportamentos adotar, sobre os reais direitos e obrigações que de fato existem em determinada relação jurídica é algo, porém, que vai além do âmbito contratual. Mesmo em questões de direito de família ou responsabilidade civil ela está presente. Como esta dúvida permanece caso sejam adotadas apenas as normas conflituais estatais para a resolução de casos pluriconectados, a prerrogativa de que as partes escolham por si sós a lei aplicável é elemento essencial para a segurança jurídica e para a preservação e continuidade das relações transfronteiriças.

Clóvis Bevilacqua, ainda na década de 1930, já defendia a centralidade do ser humano no direito internacional privado. Segundo o autor "como a sociedade internacional não tem leis nem tribunais seus, as leis que nos Estados se prepararem visando interesses internacionais de ordem privada devem inspirar-se nos princípios superiores do direito, como toda lei, e nos interesses gerais da humanidade, porque no direito internacional privado os interesses são os dos indivíduos e não os dos Estados, e o ponto de vista desse direito deve ser individual, humano, universal, e não o da utilidade local ou nacional"³⁹.

A atualidade do pensamento de Bevilacqua demonstra que a questão está em encontrar as formas para que se efetive na prática a visão de que o homem é, como sempre foi, o principal interessado nas soluções apresentadas pelo direito internacional privado. A afirmação da autonomia da vontade é, sem dúvidas, uma das maneiras de fazê-lo.

Todavia, como coloca o próprio autor, existem interesses gerais da humanidade a serem levados em consideração.

VI. Problematisando o princípio da autonomia da vontade

Retomando a concepção de autonomia de Gerald Dworkin, faz parte da autonomia a capacidade de reflexão crítica acerca de suas preferências individuais, vontades ou desejos,

³⁷ C. KOHLER, "Autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme", *Recueil des Cours*, vol. 359, 2012, pp. 336 - 337.

³⁸ Tradução livre do francês: "*Compte tenu de la pluralité de fors existant normalement dans les Etats concernés et, partant, de la diversité des règles de conflit potentiellement applicables pour déterminer la loi applicable sur la base de facteurs « objectifs » de rattachement, la possibilité de prévoir la loi applicable diminue et, en même temps, le risque pour les parties d'être exposées à des règles de comportement contradictoires augmente. Au vu de ces facteurs d'incertitude, la possibilité de désigner la loi applicable et de choisir la juridiction compétente pour connaître et protéger les droits et obligations contractuelles répond à un intérêt élémentaire des particuliers que l'ordre juridique doit protéger*", C. KOHLER (nota 37), p. 338.

³⁹ C. BEVILAQUA (nota 20), p. 80. Não à toa o autor defendia, desde essa época, a autonomia da vontade.

aceitando-as ou alterando-as tendo como ponto de referência preferências e valores de ordem superior.

Esta maneira de entender a autonomia transposta para o direito internacional privado nos mostra que a simples vontade de saber de antemão qual será a lei aplicável para a definição de deveres e obrigações relacionadas a um caso pluriconectado só se justifica uma vez em consonância com preferências e valores de ordem superior.

Entende-se aqui que as preferências são aquelas compartilhadas pelas partes, tal como, por exemplo, a preferência por ter aplicável a Lei Inglesa às suas relações jurídicas relativas a transporte marítimo, por exemplo, ou ainda, a lei do último domicílio conjugal para a definição do regime de bens e partilha. Todavia, não se pode olvidar que existem valores de ordem superior que também devem ser levados em consideração.

E é justamente levando em conta estes valores, que dizem respeito não apenas às partes, mas a todos os envolvidos e, em última análise, à própria humanidade, que surgem algumas críticas. Estas devem, por certo, ser levadas em conta uma vez que demonstram que a questão da autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável é algo extremamente complexo.

Ainda que se defenda que o homem deve ser colocado no centro da análise e das preocupações para o estabelecimento dos fundamentos do princípio da autonomia da vontade e, desta maneira, defender sua aplicação, necessário se faz observar que esta busca deve levar em conta aspectos que vão além das relações privadas às quais se quer regular.

Cecília Fresnedo de Aguirre e Diego P. Fernández Arroyo, ao tratar sobre o princípio no contexto da contratação internacional, chamam a atenção para o fato de que a autonomia da vontade “[é] um tema que sempre esteve presente e, sobretudo, não é um tema asséptico que possa resolver por argumentos teóricos abstratos e isolados da realidade do comércio internacional. Trata-se de um tema de profundo conteúdo político no qual estão em jogo interesses comerciais relevantes (...)”⁴⁰.

Este profundo conteúdo político e econômico do princípio é uma realidade que não pode ser ignorada. A própria decisão estatal de conferir às partes a prerrogativa da escolha da lei aplicável é política, podendo ser político-econômica. Ora, para fomentar o comércio exterior o Estado pode entender que conferir segurança jurídica aos contratantes é algo essencial. Pode, ainda, se convencer de que afirmar e garantir a autonomia da vontade é uma alternativa a ser adotada e, assim, legislar neste sentido.

Horatia Muir Watt vai além. De acordo com a autora, a autonomia da vontade seria um mito, uma narrativa de empoderamento que, combinada com a ideia de soberania estatal, produziria a visão liberal da relação entre direito e mercado na esfera econômica transnacional.⁴¹ Para ela, as razões para que um Estado permita a contratação fora de suas próprias leis, as quais são substituídas pelas de outro país, se encontrariam em supostas

⁴⁰ Tradução livre do espanhol: “*Es un tema que siempre ha estado presente y, sobre todas las cosas, no es un tema aséptico que pueda resolverse por argumentos teóricos abstractos y aislados de la realidad del comercio internacional. Se trata de un tema de hondo contenido político en el cual están en juego intereses comerciales relevantes (...)*”, C. FRESNEDO de AGUIRRE / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 16), p. 959.

⁴¹ H. MUIR WATT, “‘Party Autonomy’ in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance”, *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2010, p. 7.

necessidades especiais das transações transfronteiriças e a diluição existente pela possibilidade de que qualquer Estado regule com exclusividade determinada relação⁴².

Na visão da autora, o extraordinário sucesso do princípio da autonomia da vontade “gera um desequilíbrio entre interesses privados e coletivos, ou entre estes e as políticas estatais, ou, na verdade, entre a necessidade de regulamentação e o impulso em direção à regulação privada do comércio mundial”⁴³. Seria possível afirmar que o impulso vai não só no sentido de regulação do comércio, mas de outras esferas da vida privada, como visto.

A solução apontada por Muir Watt seria a de que princípios relacionados à governança internacional, tais como transparência e *accountability*, os quais seriam aptos para dar legitimidade democrática para o processo decisório que termina por obrigar os participantes do comércio internacional. “O ponto de partida [...] é fazer um balanço dos interesses em jogo e desconstruir os mecanismos que trabalham por trás do mito da autonomia da vontade”⁴⁴.

Trata-se de um trabalho árduo o sugerido. Todavia, ele demonstra como as questões em torno do princípio da autonomia da vontade são mais complexas do que a decisão por uma lei ou outra. De fato, existem interesses superiores que devem ser identificados caso a caso para que se possa fazer ou limitar as escolhas realizadas.

VII. Conclusões

Problematizar os fundamentos teóricos que justificam a autonomia da vontade é suprir uma necessidade latente, qual seja, a de justificar o princípio não apenas como uma prerrogativa concedida pelos Estados, mas por meio do que lhe é intrínseco.

Os conceitos carregam consigo significados que muitas vezes podem não ser compreendidos de forma completa por aqueles que deles fazem uso. Sua replicação irrefletida acaba por não se justificar por si só, o que gera a necessidade de voltar-se para os fundamentos. Tratar o princípio da autonomia da vontade como algo dado, como uma regra a qual deve ser adotada por todos os Estados como a base do sistema de contratação atual, ou como uma tendência que se verifica pelo mundo, não é algo que possa continuar.

Ao resgatar o significado de autonomia e delinear o alcance da autonomia da vontade em direito internacional privado tem-se as bases para pensar sobre quais são, de fato, seus fundamentos e, também, sobre que conceitos dificultam seu entendimento.

Trazer o ser humano –seja como pessoa natural ou organizado sob uma personalidade jurídica– para o centro das considerações é essencial. São as relações privadas, humanas, as quais se quer garantir e dar continuidade com o direito internacional

⁴² H. MUIR WATT (nota 41), p. 9.

⁴³ Tradução livre do inglês: “*generates imbalance between categories of private or collective interests, or between these and state policies, or indeed between the need for regulation and the pull towards private ordering in global trade*”, H. MUIR WATT (nota 41), p. 33.

⁴⁴ Tradução livre do inglês: “*The starting point, suggested here, is to take stock of the interests at stake and deconstruct the mechanisms at work behind the myth of party autonomy*”, H. MUIR WATT (nota 41), p. 33.

privado. Afirmar a autonomia da vontade é fazer com que a lei aplicável esteja o mais próximo o possível da realidade de cada relação jurídica transnacional.

Ocorre, no entanto, que as relações privadas transnacionais não podem ser isoladas da realidade na qual estão inseridas. Considerações sobre interesses maiores da sociedade global na qual todas elas estão inseridas se fazem necessários na busca por um equilíbrio entre a regulação privada e a regulamentação global, esta, também, necessária para a perpetuidade das relações que o direito internacional privado busca proteger e fomentar.

VIII. Referências Bibliográficas

- AGUIRRE, C.F. / FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., “Obligaciones contractuales: aspectos generales”, em: D.P.Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 2003.
- ARAÚJO DE, N. / SALDANHA, F., “Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning international contracts”, *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, nº 1, 2013.
- ARAÚJO DE, N. *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado em la Estructura jurídica del Mundo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- BEVILAQUA, C. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.
- CASTRO DE, A. *Direito Internacional Privado*, 5ª ed. Aumentada e atualizada com notas de rodapé por Osirir Rocha, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- COOPER, J.M. “Stoic Autonomy”, en: E. F. Paul / F. D. Miller Jr. / J. Paul (eds.), *Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- CHRISTMAN, J., “Autonomy, History and the Subject of Justice”, *Social Theory and Practice*, vol. 33, nº 1, 2007.
- DWORKIN, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- GAITÁN, M.G., “Legislación Aplicable a los Contratos Internacionales de Transferencia de Tecnología”, *Revista de la Propiedad Inmaterial*, nº 14, 2010.
- JAYME, E., “Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, vol. 282, 2000.
- KANT, I., *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho, São Paulo, Companhia Editorial Nacional, 1964.
- KOHLER, C., “Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe Univerel entre Libéralisme et Etátisme”, *Recueil des Cours*, vol. 359, 2012.
- LEHMANN, M., “Liberating the Individual from Batles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008.

- LU, S., “Law of the People’s Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations”, *The Chinese Journal of Comparative Law*, vol. 1, nº 1, 2013.
- MIRANDA DE, P., “La conception du Droit International Privé d’après la doctrine et la pratique au Brésil”, *Recueil des*, vol. 39, 1932.
- MUIR WATT, H. “Party Autonomy’ in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance”, *European Review of Contract Law*, vol. 3, 2010.
- NYGH, P.E., “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in Tort”, *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995.
- PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, vol. III, Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- PIPER, M., “Autonomy: normative”, em: *Internet Encyclopedia of Philosophy*, disponível em: <http://www.iep.utm.edu/aut-norm/>.
- RODL, F., “Private Law Beyond the Democratic Order - On the Legitimatory Problem of Private Law ‘Beyond the State’”, *AJCL*, vol. 56. 2008.
- STRENGER, I., *Direito Internacional Privado*, 5ª Ed. São Paulo, LTR, 2003.

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

¿Se puede notificar por correo postal dirigido a Estados Unidos de América una demanda que tramita en Argentina?

Sebastián PAREDES*

Resumen

Una sentencia de la Cámara Comercial dictada en Buenos Aires admitió el pedido de notificación de una demanda por vía postal a los Estados Unidos de América. En atención a que la República Argentina hizo reserva a las notificaciones por vía postal en su territorio previstas en el numeral a) del artículo 10 del Convenio de La Haya de 1965 sobre notificación, cabe preguntarse si dicha reserva es bilateralizable o si puede serle invocada la reciprocidad a la Argentina por Estados que si admiten esa vía. El principio de la reciprocidad de las reservas puede fundarse en la equidad y la teoría tradicional del Derecho público y del Derecho de los tratados, pero creemos que este principio debe ser flexibilizado para las relaciones de DIPr que tratan cuestiones de cooperación judicial internacional.

Abstract

An Appellate Commercial Court in Buenos Aires allowed the plaintiff's request to practice service by postal channels in the United States of America. It must be observed that the Argentine Republic made a reservation to article 10.a) of the 1965 Hague Convention on Service and objects international service in its territory by postal channels, a question arises whether it is possible for a State that objected this method to practice service to use the postal channel and if is also possible for another State to claim reciprocity upon Argentina's reservation. The principle of reciprocity of the reservation asserted by the State of destination may be based on equity and the theory of public international law. However, this principle, in accordance with a more modern approach, may be nuanced for Private international law cases that deal with International legal Co-operation.

Registro bibliográfico

PAREDES, Sebastián. "¿Se puede notificar por correo postal dirigido a estados Unidos de América una demanda que tramita en Argentina?", *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp. 185-195.

Descriptores/ describers

- notificaciones, reservas a tratados, reciprocidad, convenio de La Haya 1965 sobre notificación
-service, reservations to treaties, reciprocity, 1965 Hague convention on service

* Docente de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctorando en el área Derecho internacional por la misma Casa de estudios. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación UBACyT 2012-15: "Aplicación de las normas internacionales o la legislación interna más favorables en Derecho internacional privado" dirigido por la Prof. Dra. María Blanca Noodt Taquela.

Sumario: I. Hechos del caso y decisión adoptada. II. Notificaciones vía postal en la Convención de La Haya de 1965. III. Reserva de Argentina al art. 10 de la Convención. IV. Reciprocidad y bilateralización de las reservas. V. Criterios que deben primar en la cooperación judicial internacional. VI. Bibliografía.

I. Hechos del caso y decisión adoptada¹

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial con asiento en la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar en su decisorio de fecha 16 de julio de 2014 a la solicitud de la actora de notificar el inicio del proceso por vía postal a la demandada en su domicilio en los Estados Unidos de América. El pedido fue fundado en el Convenio relativo a la comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial suscripto en La Haya, el 15 de noviembre de 1965 del que la República Argentina y los Estados Unidos de América son Estados Parte².

La petición tiene relevancia en cuanto importó un pedido de autorización al Tribunal para que la notificación en el extranjero fuera efectuada por vía postal -en el caso mediante correo privado con acuse de recepción mediante certificación notarial a cargo de la solicitante- prevista en el artículo 10 numeral a) del Convenio de La Haya de 1965 al que Argentina efectuó reserva al momento de adherir en el año 2001³.

Con buen criterio el juzgador analizó la norma del artículo 5 del Convenio que prevé las notificaciones podrán ser cumplidas de acuerdo con la legislación del Estado requerido (en este caso la estadounidense) o en otra forma contemplada en la ley del Estado requirente, siempre que no resulte incompatible con la ley del Estado donde se pretende notificar. Además consideró el hecho que Estados Unidos no hizo reserva al artículo 10 del Convenio y admite en su territorio la notificación postal.

En su razonamiento la Cámara no obvió el hecho de que Argentina efectuó reserva a la notificación postal en su territorio en el ámbito material del Convenio de La Haya, pero afirmó que en casos como este debe considerarse la tendencia respecto de las reservas formuladas en los tratados de cooperación judicial internacional que se inclina hacia la no bilateralización de las reservas.

Remarcó el Tribunal que debe primar esta tendencia, que facilita la cooperación y es más favorable para los particulares-interesados, por lo que dio curso al requerimiento

¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, 16/07/2014, "*Miceli Elsa Alicia c/ System Link International y otro s/ beneficio de litigar sin gastos*", disponible en el sitio de consulta web del Poder Judicial de la Nación. Expediente 12809/2013.

² El Convenio relativo a la comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial suscripto en La Haya, el 15 de noviembre de 1965 cuenta con 68 Estados contratantes al 26 de julio de 2014. Los Estados americanos partes son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Canadá, Colombia, Estados Unidos de América, México, San Vicente y las Granadinas y Venezuela.

³ Aprobado por Argentina por Ley 25.097, el depósito del instrumento de adhesión se efectuó el 2 de enero de 2001 y entró en vigencia el 1 de diciembre de 2001. En la reserva efectuada, el gobierno argentino expresó que se opone a cualquier notificación efectuada en las vías previstas en el artículo 10.

presentado la actora, a fin de que procediera a notificar el acto procesal en los Estados Unidos mediante correo privado con acuse de recibo certificado por un notario.

II. Notificaciones por vía postal en el Convenio de La Haya de 1965

El Convenio de La Haya de 1965 establece diversos métodos de transmisión de los documentos extranjeros, la principal es aquella que se realiza a través exhortos o cartas rogatorias y que implica la necesaria intervención de las Autoridades centrales de los Estados involucrados.

La vía postal es una de las vías alternativas previstas en el Convenio de La Haya de 1965⁴. En atención a que el tratado no establece jerarquía alguna entre las vías de notificación, la elección de la forma postal quedará a opción del interesado en realizar la comunicación en otro Estado parte siempre que haya ausencia de oposición por parte del Estado de destino por medio de reservas.

Artículo 10: Salvo que el Estado de destino declare oponerse a ello, el presente Convenio no impide:

a) la facultad de remitir directamente por vía postal, los documentos judiciales a las personas que se encuentren en el extranjero [...]

La oposición a las notificaciones extranjeras a través de la vía epistolar, encuentra básicamente dos razones que pretenden justificarla: la primera es aquella que sostiene que una notificación de este tipo entrañaría una violación de soberanía territorial del Estado receptor; la segunda es la que se basa en que la admisión de este tipo de comunicaciones carece de participación alguna de los jueces o autoridades del Estado adonde se dirige el correo al igual que la que se realiza por medio de los agentes diplomáticos o consulares-y por tanto, se dificulta su control⁵.

Huelga aclarar que la oposición a la validez de notificaciones extranjeras por vía postal, nada tiene que ver con el hecho que las normas internas del país de destino recepten y/o autoricen las notificaciones por este método, pues lo que realmente debe considerarse es la declaración del Estado parte a través de su reserva y no el contenido de sus leyes nacionales^{6 7}.

⁴ Se ha entendido —y esto resulta pacífico— que la vía postal, como las demás vías alternativas previstas en el Convenio poseen la misma importancia cualitativa y de jerarquía respecto de las que se realizan a través de las Autoridades Centrales. Ver: CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio de La Haya sobre Notificación*—versión en castellano publicada en papel, Asunción, Centro de Estudios de Derecho. Economía y Política (CEDEP), 2011- p. XXVI (preguntas frecuentes) y p. 69.

Las vías alternativas incluyen además a: las vías consulares o diplomáticas ya sean directas e indirectas que se encuentran (regladas los arts. 8 y 9); la ya mencionada vía postal en el numeral (10 a) la comunicación directa entre funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de origen y del Estado de destino (10 b) y la comunicación directa entre una persona interesada y funcionarios judiciales, ministeriales u otras personas competentes del Estado de destino (10 c).

⁵ Ver: M.B. NOODT TAQUELA, “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional”, Córdoba, AADI, 2013, p. 175 y M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 307

⁶ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention (Draft Revised Version)*, Preliminary document n° 2 05/2014, for the attention of the

Sin embargo, más allá de las reservas efectuadas -entre ellas la de Argentina, México Venezuela, entre los países americanos-, la notificación postal, pareciera ser cada vez más aceptada y por ello la Conferencia de La Haya recomienda que la oposición que formulen los Estados debería limitarse o condicionarse a ciertas exigencias⁸, como por ejemplo acuse de recepción de la pieza postal⁹.

Un ejemplo de oposiciones calificadas en el marco del Convenio de La Haya a la forma postal ha sido realizado por Eslovenia, Australia y Letonia que expresaron que solo aceptarán la forma postal cuando cuente con el correspondiente acuse de recepción o se utilice registro efectivo del correo¹⁰.

Por lo demás, creemos que la aceptación de las notificaciones postales con aviso de recepción, no sólo favorece la cooperación internacional que un DIPr moderno debe procurar, sino facilita la celeridad, rapidez, costos de los particulares el trabajo de los operadores jurídicos a través de un método simple que ofrece seguridad y certeza¹¹, en un

Special Commission of May 2014, The Hague, Hague Conference on private international law, 2014, p. 89. Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/upload/wop/2014sc_pd02en.pdf.

⁷ Un ejemplo inverso es la respuesta del gobierno del Reino de Dinamarca al cuestionario del año 2003 de la Conferencia de La Haya en el que en su respuesta 11 manifestó que no se opone a las notificaciones extranjeras realizadas por vía postal en su territorio, lo que no implica la validez de este método en Dinamarca: "*As for Article 10(a) Denmark has not declared that it objects to this method of transmission. However, this does not imply that such method is valid service in Denmark. The Danish courts have not yet had the opportunity to rule on the matter.*" Disponible en : http://www.hcch.net/upload/wop/lse_dk.pdf (última visita 26 de junio de 2014)

⁸ La Comisión Especial reunida en 2009 en su Recomendación 28, acerca de la Oposición limitada al artículo 10 a) dijo: "La Comisión Especial estima que un Estado contratante, en lugar de oponerse completamente al uso de la vía postal prevista en el artículo 10 a), está facultado a realizar una reserva limitada, indicando algunas condiciones para aceptar transmisiones recibidas del extranjero, tal como requerir que se envíen los documentos por correo certificado con acuse de recibo" Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/upload/wop/jac_concl_s.pdf.

⁹ Entre los varios ejemplos de normas convencionales que la admiten mencionamos el Reglamento europeo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil número 1393/2007 que dispone en su artículo 14: "Cada Estado miembro tendrá la facultad de efectuar la notificación o traslado de documentos judiciales directamente por correo a las personas que residan en otro Estado miembro mediante carta certificada con acuse de recibo o equivalente".

¹⁰ Ver sitio web de la Conferencia de La Haya, estado de ratificaciones del Convenio de La Haya de 1965 disponible en: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=17.

¹¹ P. SCHLOSSER, "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Recueil des Cours*, vol. 284, 2000, pp. 90-91. Schlosser habla de la necesidad de que todos los países dicten normas que autoricen la notificación por correo certificado con acuse de recibo y que este modo de notificación se corresponde con la situación que impera en el arbitraje internacional, ámbito en el cuál no se utiliza otro modo de notificación y no se han planteado dificultades al respecto.

mundo cada vez más conectado tecnológicamente¹² en el que ya surgieron equivalentes funcionales a la notificación postal¹³.

III. Reserva de Argentina al artículo 10 de la Convención

Como ya mencionáramos, la República Argentina hizo reserva a la totalidad de las notificaciones previstas en el artículo 10 del Convenio de La Haya de 1965, esto implica que en la práctica no acepta en su territorio notificaciones extranjeras por vía postal ni por ninguna otra vía distintas al exhorto internacional¹⁴.

Los fundamentos de la oposición argentina al método de notificación epistolar pueden encontrarse en las respuestas que Argentina efectuara al cuestionario de julio de 2008 preparado por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia. Allí expresaron las autoridades que el motivo de la declaración radica en impedir que se vulnere el derecho de defensa de aquellos que son notificados en forma directa¹⁵.

Afortunadamente, no ha sido traído a colación ningún tema basado en la soberanía territorial argentina¹⁶, sino que parece ser más una cuestión de la ausencia de intervención

¹² No nos referiremos a los medios de notificación por medios tecnológicos, fax, télex, correos electrónicos y redes sociales entre otros por no haber sido tratado en la sentencia que se comenta. En muchos países son admitidas estas formas de notificación considerándoseles equivalente funcional a la vía postal prevista en el artículo 10 a) del Convenio de La Haya de 1965. Existe riquísima bibliografía sobre el tema, para una primera aproximación al tema puede consultarse el *Draft Appendix on the use of Information Technology in the Operation on the Service Convention* para el *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, documento preliminar preparado en Marzo de 2014 para y que se encuentra disponible –en idioma inglés– en el sitio web de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_pd06en.pdf.

¹³ Respecto a las comunicaciones electrónicas, la respuesta argentina a la pregunta 14 del Cuestionario del año 2013 en relación al Convenio sobre notificaciones expresó: “Due to our internal law, Argentine Authorities do not send and do not receive any letter of request by electronic means. Rogatory letters coming from abroad have to be submitted to The Judiciary signed in original. Only enquiries regarding the status of letters of request can be sent or received by electronic means”, Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_14ar.pdf.

¹⁴ El texto de la declaración de reserva de efectuada por la República Argentina expresa:

3- “To Article 21, second paragraph, a): “The Argentine Republic opposes to the use of methods of transmission pursuant to Article 10.”

Es importante aclarar que la reserva efectuada no se encuentra en el texto de la Ley 25.097 aprobatoria del Convenio, la misma figura en la página web de la Conferencia de La Haya de DIPr: http://www.hcch.net/index_es.php?act=status.comment&csid=389&disp=resdn

Argentina no efectuó reserva a las notificaciones por agentes diplomáticos o consulares, pero entiende que la notificación o traslado por vía consular ha sido prevista para notificar exclusivamente a nacionales, ver: Respuesta de Argentina al cuestionario de 2008: <http://www.hcch.net/upload/wop/2008argentina14.pdf>

¹⁵ La contestación de Argentina al Cuestionario de 2008 sobre el Convenio de 1965 se encuentra disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/2008argentina14.pdf> y el cuestionario de 2008 en castellano en: http://www.hcch.net/upload/wop/jac_pd02s.pdf (última visita 26 de julio de 2014)

¹⁶ La Confederación suiza, quien formuló reserva al artículo 10 del Convenio de La Haya de 1965 señaló que la notificación directa desde el extranjero por vía postal, puede constituir una violación a la soberanía suiza y si el acto es realizado intencionalmente es punible de acuerdo al artículo 271 de su Código Penal.

de las autoridades del Estado remitido y falta de control de admisibilidad o certeza del acto de transmisión y eventual notificación proveniente del extranjero¹⁷.

Ahora bien, es por demás loable que Argentina efectúe una declaración haciendo reserva a un tratado a fin de asegurar el derecho de defensa de las partes; sin embargo en la práctica ello no puede evitar que otros Estados remitan notificaciones por correo a nuestro país. La consecuencia de ello será que no se reconocerá en Argentina la sentencia dictada en un proceso notificado de ese modo, salvo que el demandado se haya presentado voluntariamente.

La mera oposición a la notificación por correo basada en el Convenio no parece ser un remedio infalible para las personas domiciliadas en su territorio, pues la virtual aplicación de las normas locales del Estado de origen o los efectos de un proceso en ese país o en terceros Estados pueden ser mucho más gravosos¹⁸.

IV. Reciprocidad y bilateralización de las reservas

Teniendo en consideración la reserva efectuada por Argentina, la pregunta lógica que se plantea es: ¿se puede notificar por correo postal dirigido a Estados Unidos de América una demanda que tramita en Argentina?

Para analizar el interrogante debe considerarse el efecto de las reservas en el Derecho de los tratados; las conductas que adopten los Estados ante dichas declaraciones y los principios que guían a la Cooperación judicial internacional en un sentido amplio como parte inescindible del DIPr moderno¹⁹.

¹⁷ Ver: M.B. NOODT TAQUELA, *Tesis doctoral. Relaciones entre tratados de Derecho internacional privado en materia de Cooperación judicial internacional*, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, inédita, 2011, p. 159.

¹⁸ Ver: M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (nota 5), p. 307, quienes expresan que parece ser que la decisión de prohibir notificaciones extranjeras por correo se basa más en el derecho nacional y no tanto en el DIP.

Volviendo al caso objeto de análisis y la negativa argentina a aceptar notificaciones postales en su territorio, en un hipotético caso con los Estados Unidos de América es más que probable que si el juez estadounidense es competente en la esfera internacional, deje de lado el Convenio de 1965 y aplique sus normas de fuente interna (*Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts* -FRCP- § 4. f.2) que lo habiliten eventualmente a realizar notificaciones no permitidas y ni siquiera previstas por el derecho argentino (la misma vía postal, correo electrónico u otras).

Recomendamos la lectura del blog de Ted Folkman, *Letters blogatory. The blog of international judicial assistance*, <https://lettersblogatory.com/> que difunde casos de jurisprudencia estadounidense e internacional en los que se analiza la aplicación de las normas del Convenio de La Haya de notificación y las domésticas.

¹⁹ No indagaremos las diversas posiciones de autores respecto a las reservas en el Derecho de los tratados y su relación con los Convenios de DIPr por exceder el objetivo de este trabajo. Haremos alguna somera mención en el apartado V. “Criterios que deben primar en la cooperación judicial internacional” Algunos de las obras que recomendamos son: F. MAJOS, “Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de la Haye”, *Journal du Droit International (Clunet)*, vol. 101, n° 1, 1974, pp. 73-109; J. BASEDOW, “Las Convenciones de derecho privado uniforme y el derecho de los tratados”, *DeCITA*, n° 7/8. 2007, Florianópolis, Boiteux, 2007, pp. 423-435,

El sistema de reservas está regulado en los artículos 19 a 23 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en Viena, el 23 de mayo de 1969²⁰, sistema supletorio que está sujeto a la admisión de reservas por parte de los tratados en cuestión.

Los efectos jurídicos de las reservas –admitidas en el Convenio de 1965– están previstos en el artículo 21 de la Convención de Viena. Allí se establece que Estado que formula una reserva puede invocarla en su favor frente a los demás Estados que la han aceptado, pero recíprocamente los demás Estados pueden invocar la misma reserva contra el Estado la formuló²¹, esta es la materialización de la regla de reciprocidad de las reservas o bilateralización²².

En principio, la respuesta al interrogante que abre el acápite es que no se podría notificar en Estados Unidos por vía postal ya que Argentina se opone a ese método y no estaría en condiciones de exigir que el país de destino lo acepte cuando ella lo rechaza.

Ahora bien, deberá analizarse si a las reservas realizadas por Argentina en el marco del Convenio de La Haya de 1965, puede invocársele reciprocidad. Es decir, si el efecto de la reserva queda supeditado a la postura que se adopte por un lado por el Estado de destino, quien no se opuso formalmente a la vía de postal y por el otro la del Estado de origen u “opositor” respecto a países de recepción que aceptan este tipo de notificaciones²³, este temperamento del estado de origen implicaría bilateralizar la reserva.

La Conferencia de La Haya consultó en 2003 a los Estados partes del Convenio de La Haya de 1965 a fin de saber si invocaban reciprocidad frente a los países que habían formulado la reserva a las notificaciones postal o a las realizadas por los agentes consulares regladas en el artículo 8²⁴.

En la mayoría de las respuestas, los Estados que enviaron sus contestaciones, expresaron que no hacían valer la reciprocidad a la reserva y que aceptaban en su territorio

²⁰ La Convención sobre el Derecho de los Tratados, aprobada en Viena, el 23 de mayo de 1969 tiene 114 Estados parte al 26 de julio de 2014. Este tratado fue firmado, pero no ratificado por los Estados Unidos de América. El *status* de ratificaciones y las reservas realizadas por los Estados contratantes puede consultarse en la página de Tratados de la Organización de las Naciones Unidas: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf> (última visita 26 de julio de 2014)

²¹ Artículo 21. Efectos jurídicos de las reservas y de las objeciones a las reservas: “1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19 20 y 23: a) modificara con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma: b) modificara en la misma medida, esas disposiciones en lo que respecta a esa otra parte en el tratado en sus relaciones con el Estado autor de la reserva.

2. La reserva no modificara las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones “*inter se*”.

3. Cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado entre él y el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicaran entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva”.

²² J.M. RUDA, “Reservations to treaties”, *Recueil des Cours*, vol. 146, 1975, p. 196; M.B. NOODT TAQUELA, *Tesis doctoral* (nota 17), p. 128.

²³ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Manual Práctico*, (nota 4) p. 77.

²⁴ Destacamos que la Conferencia de La Haya hace seguimiento de los instrumentos a través de Comisiones especiales y diversos cuestionarios y formularios. La pregunta era la 18 del cuestionario del año 2003. Una versión en idioma inglés se encuentra disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/lse_pd02e.pdf (última visita 26 de julio de 2014)

las notificaciones postales y consulares aun de aquellos Estados que se oponen a estas vías. Entre ellas podemos destacar la respuesta de los Estados Unidos de América, país de destino de la notificación en el caso que comentamos en este opúsculo²⁵.

En el cuestionario de julio de 2008, la Conferencia de La Haya consultó a los Estados partes que se opusieron a la notificación postal, para conocer si utilizaban esta vía a los fines de notificación, a pesar de haber efectuado una reserva en virtud del artículo 10.

Entre las respuestas que se destacan, se encuentran la del gobierno de Noruega, que afirmó que por el hecho de haber efectuado la reserva al artículo 10 no se encuentra en condiciones de exigir que no se le aplique reciprocidad. Pero también remarca que el Estado requerido que no se opuso a este método, tampoco está obligado a aplicarle la reserva en forma recíproca. Por ello, afirman las autoridades nórdicas que utilizan la vía postal con países que no se han opuesto a ella²⁶.

La Confederación Suiza, que también hizo reserva al artículo 10, en cambio tiene otra aproximación a la pregunta formulada, pues aseveró que solo notifica por vía postal a aquellos países que estuvieron presentes en la reunión de la Comisión Especial de 2003 y que declararon que no invocarían la reciprocidad con relación a los Estados que formularon la reserva²⁷. Por tanto podemos decir el país helvético bilateraliza parcialmente la reserva efectuada.

En el Cuestionario del año 2008 la República Argentina contestó que no utiliza la transmisión postal para notificar y enviar documentos al extranjero²⁸. Esta respuesta estimamos, no importó declaración alguna del gobierno argentino extendiendo los efectos de la reserva que efectuara, es decir bilateralizando las consecuencias con otros Estados

²⁵ “The United States follows a liberal policy with regard to the service of foreign judicial process within this country. It does not assert reciprocity with regard to the use of postal channels or other authorized formal and informal means for service”. Respuesta 18 del gobierno de los Estados Unidos de América al Cuestionario del año 2003, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/upload/wop/lse_us.pdf (última visita 26 de julio de 2014).

La Respuesta del gobierno de Suecia también resulta ser más que clara: “We do not oppose direct service through postal or consular channels and we do not assert reciprocity against states that have so. In other words, we accept direct service from opposing states too”. Disponible en: http://www.hcch.net/upload/wop/lse_se.pdf (última visita 26 de julio de 2014)

²⁶ La respuesta del Reino de Noruega dice: “Documents emanating from Norway can be served abroad through postal channels. In our opinion a state that has made a reservation is in no position to require the Convention to be applied without reciprocity, but the requested state neither has no obligation to apply the Service Convention with reciprocity. The forwarding authorities in Norway therefore use postal transmission to member states that has not objected to this method of transmission”. Ver: CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Synopsis of Responses to the Questionnaire of July 2008 Relating to the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/2008synopsis14.pdf>.

En la página 88 del documento constan las respuestas a la pregunta 41. b) por la que la Conferencia consultó a los Estados parte que se opusieron a la notificación postal si utilizaban esta vía a los fines de notificación, a pesar de haber efectuado una reserva en virtud del artículo 10.

²⁷ La respuesta de Suiza al Cuestionario de Julio de 2008 se encuentra disponible en idioma francés en el sitio web de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net/upload/wop/2008switzerland14.pdf> (última visita 26 de julio de 2014)

²⁸ Ver la respuesta de Argentina (nota 15).

partes del Convenio de 1965 y ciertamente esa falta de negativa permitió al tribunal a la aceptación del pedido de la actora a notificar en Estados Unidos por vía postal.

Finalmente, las Comisiones Especiales de los años 2003 y 2009 en sus conclusiones y recomendaciones subrayaron de acuerdo a los cuestionarios y demás declaraciones y conductas asumidas por los Estados partes que estos no invocan la reciprocidad contra los demás Estados que han hecho declaraciones en virtud de los artículos 8 y 10²⁹.

V. Criterios que deben primar en la cooperación judicial internacional

Creemos que esta época en la que el acceso la información y a los medios de comunicación brinda una posibilidad cierta de realizar notificaciones y transmisión de documentos de forma segura exige de los Estados el compromiso de explorar prácticas, vías y métodos que permitan a los interesados realizar las notificaciones en forma segura y al mismo tiempo preservar los derechos de los destinatarios de las comunicaciones.

El DIPr actual precisa que la cooperación judicial internacional incorpore las soluciones y prácticas más favorables para la continuidad de los procesos transnacionales y al mismo tiempo evitar recaudos burocráticos absurdos y costosos que obstaculicen las actuaciones de los particulares.

Es por ello que creemos que el retiro por la República Argentina de la reserva del numeral a) del artículo 10 del Convenio sobre notificaciones se hace necesaria. No solamente porque la notificación por vía postal en el territorio argentino —con los necesarios recaudos— permitiría a los interesados ejercer efectivamente sus derechos, sino también porque para favorecer la cooperación judicial internacional, es fundamental que las notificaciones se realicen del modo más rápido, eficaz y económico posible. La aceptación de la notificación postal, con aviso de recepción es un medio simple y más que razonable para lograrlo³⁰.

En cuanto a la decisión de la Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de no bilateralizar con los Estados Unidos de América la reserva a las notificaciones por vía postal creemos que es una decisión saludable, que recepta la concepción actual que los tratados de Cooperación judicial internacional no deben bilateralizarse y esta falta de carácter recíproco facilita la cooperación y resulta más favorable para los interesados³¹.

El principio de la reciprocidad de la oposición invocado en el Estado de destino puede fundarse en la equidad y la teoría tradicional del derecho público³², pero creemos que

²⁹ Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Conclusiones y recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de la Haya sobre la obtención de pruebas, la notificación y el acceso a la justicia (compilación)*, Documento de mayo de 2014, disponible online en: http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_id06s.pdf (última visita 26 de julio de 2014)

³⁰ Ver: M.B. NOODT TAQUELA (nota 5), p. 175.

³¹ M.B. NOODT TAQUELA (nota 5), p. 175.

³² Ferenc MAJOROS analizó la reciprocidad de las reservas específicamente en las convenciones de La Haya y con relación al Convenio de notificaciones de 1965 consideró que las reservas a los artículos 8 a 10 generan reciprocidad. Ver F. MAJOROS, “Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de la Haye”, *JDI*, n° 1, 1974, pp. 73-109, p. 103 y citado por: M.B. NOODT TAQUELA (nota 5) p. 174.

estos principios³³ son distintos para las relaciones de DIPr³⁴, pues, en asuntos de cooperación judicial internacional que esencialmente tienen en mira relaciones privadas internacionales, lo que debe primar es la aplicación de normas y prácticas que la faciliten y la hagan más sencilla y efectiva resguardando los derechos de las partes.

VI. Referencias bibliográficas

- BASEDOW, J. “Las Convenciones de derecho privado uniforme y el derecho de los tratados”, *DeCITA*, n°7/8, 2007 Florianópolis, Boiteux, 2007.
- BOUZA VIDAL, N., “Unificación convencional ‘a la carta’ del derecho internacional privado, en: Fernández Arroyo, D.P. / Marques, C.L. (dirs.), *Derecho Internacional Privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo*, *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Manual Práctico sobre el Funcionamiento del Convenio de La Haya sobre Notificación*-versión en castellano publicada en papel- Asunción, Centro de Estudios de Derecho. Economía y Política (CEDEP), 2011.
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Conclusiones y recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de la Haya sobre la obtención de pruebas, la notificación y el acceso a la justicia (compilación)*, Documento de mayo de 2014, disponible online en: http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_id06s.pdf
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention (Draft Revised Version)*, Preliminary Document No 2 of May 2014 for the attention of the Special Commission of May 2014, The Hague, Hague Conference on private international law, 2014, p. 89. Disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya: http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_pd02en.pdf
- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Draft Appendix on the use of Information Technology in the Operation on the Service Convention* para el *Practical Handbook on the Operation of the Service Convention*, documento preliminar preparado en Marzo de 2014 para y que se encuentra disponible –en idioma inglés- en el sitio

³³ Recomendamos consultar la obra de Nuria Bouza Vidal, acerca de la unidad del régimen de las reservas con independencia de cuál sea el contenido y objeto del tratado, incluidos los convenios de DIPr. Ver N. BOUZA VIDAL, “Unificación convencional ‘a la carta’ del derecho internacional privado, en: D.P. Fernández Arroyo/ C. Lima Marques (dirs.), *Derecho Internacional Privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo*, *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP/ASADIP, 2010, p. 173.

³⁴ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, (nota 4) p.77. Allí se expresa que: “[...] Ahora bien, este principio (de reciprocidad) no es absoluto y, manteniendo una postura más moderna, puede ser matizado de la siguiente manera: mientras un Estado que ha formulado la reserva no podría exigir a los demás Estados parte (que no han formulado la misma reserva) que apliquen el Tratado sin reciprocidad, esos otros Estados no están obligados en absoluto a aplicar la reciprocidad [...]”

web de la Conferencia de La Haya:
http://www.hcch.net/upload/wop/2014/2014sc_pd06en.pdf

- CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Synopsis of Responses to the Questionnaire of July 2008 Relating to the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters*. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/2008synopsis14.pdf>.
- MAJOROS, F. "Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de la Haye", *Journal du Droit International (Clunet)*, vol. 101, 1974.
- NOODT TAQUELA, M.B. "Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional", Córdoba, AADI, 2013.
- NOODT TAQUELA, M.B., *Tesis doctoral. Relaciones entre tratados de Derecho internacional privado en materia de Cooperación judicial internacional*, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, inédita, 2011.
- RUDA, J.M. "Reservations to treaties", *Recueil des Cours*, vol. 146, 1975.
- SCHLOSSER, P. "Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation", *Recueil des Cours*, vol. 284, 2000.
- VIRGOS SORIANO, M. / GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J. *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000.

Entre Escila y Caribdis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia

A propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en “Alemania c. Italia - con intervención de Grecia”¹

Florencia S. WEGHER OSCI* | Carolina CAPOVILLA**

Resumen

Durante años ha sido ampliamente aceptada la concepción que plantea la existencia de dos campos separados en el ámbito del derecho internacional, distinguiéndose el DIP y el DIPr. En este contexto ambas ramas se constituyeron como disciplinas diferentes cuya actuación discurrió por carriles intelectuales paralelos. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, se asiste al llamado de la doctrina a repensar esta taxonomía a la luz de una serie de fenómenos. A través de las líneas que siguen, abordaremos la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso “Alemania c. Italia con intervención de Grecia” de 03/02/2012, poniendo especial énfasis en la confluencia de la inmunidad de jurisdicción y el acceso a la justicia, como manifestaciones del entramado de reglas de DIP, del DIPr y de los Derechos humanos.

Abstract

For years it has been widely accepted the conception that proposes the existence of two separate fields of international law, distinguishing public from private international law. In this context both branches were formed as different disciplines whose work ran through parallel intellectual paths. However, for a while now, we are witnessing the call of the doctrine to rethink this taxonomy in light of a number of phenomena. Through the lines that follow, we will discuss the decision of the International Court of Justice in the case “Germany c. Italy, Greece intervening” of 03/02/012, with particular emphasis on the confluence of the immunity of jurisdiction and access to justice, as manifestations of the network of rules formed by public and private international law as well as Human rights.

Registro bibliográfico

WEGHER OSCI, Florencia S. / CAPOVILLA, Carolina, “Entre Escila y Caribdis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia. A propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en *Alemania c. Italia - con intervención de Grecia*”, *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, primer semestre 2015, Argentina, ASADIP, 2015, pp.197-212.

Descriptores/describers

- inmunidad de jurisdicción, DIPr y derechos humanos, acceso a la justicia.
- jurisdictional immunity, PIL and human rights, access to justice.

¹ Ver en: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=ai&case=143&k=60&p3=0>

* Abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral, maestranda en Derecho internacional privado por la Universidad de Buenos Aires, becaria de investigación y docente de Derecho internacional privado de la Universidad Nacional del Litoral.

** Abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral, tutora de la Clínica Jurídica de Interés Público en materia de Migrantes y refugiados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y docente de Derecho internacional privado en la misma casa de estudios.

Sumario: I. Introducción. II. Una sucinta narración de los hechos. 1. Antecedentes del caso. 2. Los argumentos de las partes. III. El decisorio. 1. La inmunidad de jurisdicción y su alcance. 2. La inmunidad de jurisdicción y los actos cometidos por las FF.AA en el marco de un conflicto armado. 3. El objeto y las circunstancias de las demandas presentadas por Italia como argumento para denegar la inmunidad. 4. El ansiado fallo. IV. Intersecciones entre la inmunidad de jurisdicción y la protección del acceso efectivo a la justicia. V. Consideraciones finales. VI. Referencias bibliográficas.

“... los habitantes del sótano necesitan tiempo para aprender que la guerra mide el espacio y el tiempo de forma distinta que la paz. Ahora que han experimentado esta dura realidad en su propia piel, comprenden que la guerra no sólo se refiere a entidades abstractas, como continentes y países, sino que está ahí, en el entorno más próximo”.

- S. MÁRAI, *Liberación*.

I. Introducción

Las transformaciones impulsadas por la vida moderna, la importancia de la persona humana y el crecimiento del número de relaciones jurídicas en la arena internacional, cuyos elementos y efectos conciernen a más de un Estado, proveen un marco en el cual se vuelve menester considerar las intersecciones entre DIP y DIPr². Ello así por cuanto el entramado de la disciplina y la proliferación de vínculos transfronterizos dificultan sostener dichas áreas como compartimentos estancos³.

² Cuando nos referimos al DIPr lo hacemos en sentido amplio, esto es, comprendiendo dentro de su objeto a la determinación del derecho aplicable, la competencia de los tribunales, las cuestiones sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, así como las cuestiones relativas a la nacionalidad, a los extranjeros en el proceso y a las inmunidades jurisdiccionales. Ver H. VAN LOON/ S. DE DYCKER, “The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law”, disponible en: <http://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/the-role-of-the-international-court-of-justice-in-the-development-of-private-international-law-hans-van-loon.pdf>

³ C. G. WEERAMANTRY, *Universalizing international law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2004, p. 169; H. MUIR WATT, “Droit public et droit privé dans les rapports internationaux”, *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997, p. 206; S.L. KARAMANIAN, “Public international law versus private international law”, *Curso de derecho internacional XL*, Río de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano, 2013, pp. 33-46; H. BATIFFOL, “Points de contact entre le droit international public et le droit international privé”, *REDI*, vol. XXV, n° 1.4, 1972 ; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO/ C. LIMA MARQUES, *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, CEDEP- ASADIP, 2011.

Cierto es que, durante años ha sido ampliamente aceptada la concepción que plantea la existencia de dos campos separados en el ámbito del derecho internacional, distinguiéndose por un lado al DIP, con epicentro en los Estados⁴ y por otro al DIPr, enfocado en las personas, sus relaciones y sus transacciones. En este contexto el DIP y el DIPr se han constituido como “disciplinas diferentes que actúan por carriles intelectuales paralelos”⁵. Sin embargo, se asiste desde hace algunas décadas al llamado de la doctrina a repensar esta taxonomía a la luz de una serie de fenómenos – flujos de migración, catástrofes ambientales, expansión de la práctica del arbitraje comercial como alternativa a la jurisdicción estatal, problemas de deuda soberana, entre otros ejemplos – que por sus características presentan componentes de ambas aristas, circunstancia que demanda la actuación en concierto de reglas públicas y privadas de derecho internacional.

En este orden de ideas, dadas las transformaciones que el Estado westfaliano ha sufrido, el discurso teórico de la disciplina ha centrado su atención en el reencuentro entre las ramas pública y privada del derecho internacional, poniendo de resalto tanto la fuerte presencia de interconexiones entre sus elementos, la modificación de las “conductas” de las propias disciplinas⁶, el espacio común en el que se desenvuelven – el de las relaciones internacionales – como la importancia del análisis crítico que desde la teoría y la práctica jurídica puede hacerse en función del juego armónico de ambas facetas. Frente a ello, decíamos, la literatura jurídica contemporánea apunta hacia una recuperación del tronco común de la internacionalidad, atendiendo a la necesidad de abordar los interrogantes actuales desde una perspectiva holística⁷.

Ahora bien, en sus orígenes esta distinción fue pergeñada como una réplica a la concepción liberal de la sociedad, en la que se separaba nítidamente las esferas pública y privada, y en la que lo público (el Estado) y lo privado (el mercado, la familia) no interferirían entre sí⁸. Las críticas modernas han apuntado directamente contra el origen y la fundamentación de la diferenciación⁹, indicando que ésta “es una separación contingente más que una necesaria”¹⁰; una creación artificial y no un atributo inmanente “natural, orgánico e inevitable del paisaje del derecho internacional (...) una construcción analítica que evolucionó como respuesta al crecimiento de la individualidad y la territorialidad del poder estatal y la autoridad”¹¹ que se desenvuelve “a partir de la articulación de una serie de

⁴ H. VAN LOON, “Foreward”, *Hague Conference on Private International Law, HCCH–Annual Report 2010*, p. 4.

⁵ A. MILLS, *The confluence of public and private international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 2.

⁶ H. MUIR WATT, “Private international law beyond the schism”, *Transnational legal theory*, vol. 2.3, 2011, p. 348.

⁷ T.B. DE MAEKELT, “Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, en: D.P. Fernández Arroyo/ C. Lima Marques, *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, CEDEP– ASADIP, 2011, p. 36

⁸ R. MICHAELS, “Globalization and law: law beyond the state”, en: R. Banakar / M. Travers, *Law and the social theory*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 16, version disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240898

⁹ En este sentido: D. KENNEDY, “Stages of the decline of the public and private division”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 1349–1357.

¹⁰ U. BAXI, “Mass torts, multinational enterprise liability and private international law”, *Recueil des Cours*, vol. 276, 1999, p. 308.

¹¹ C. CUTLER, “Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law”, *Review of International Political Economy*, vol. 4.2, 1997, p. 280.

fundamentos ideológicos propios del Estado burgués”¹² concluyendo que las ramas se han visto separadas por mucho tiempo, por razones que no siempre se comprenden¹³.

Quienes bregan por la armonización de las reglas internacionales de cara a la conformación de un sistema, señalan que la distinción entre público y privado “oscurece la importante función del derecho privado en el orden público”¹⁴. Las discusiones y planteos académicos han encontrado cobijo en foros de producción normativa y en fueros jurisdiccionales, en los que esta imbricación de problemáticas con contenidos de derecho público al mismo tiempo que de derecho privado, se ha manifestado con mayor claridad.

En buena medida, esta yuxtaposición de las ramas del derecho internacional puede ser observada en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso “Alemania c. Italia con intervención de Grecia” del 03 de febrero de 2012, relativo a la inmunidad de los Estados por graves violaciones a derechos humanos (DD.HH) y al derecho humanitario, a cuyo análisis nos abocaremos.

Cierto es que, la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados ha sido señalada en más de una ocasión como el ejemplo típico de transposición de reglas de derecho público hacia la esfera privada, toda vez que estas excepciones a la jurisdicción podrían afectar la protección de derechos individuales¹⁵. En este sentido, aun cuando la decisión de la CIJ está dirigida a Estados, la realidad es que lo resuelto por ella impacta directamente sobre la esfera privada individual.

En efecto, a lo largo de la historia es posible identificar una serie de casos en los que han intervenido tanto la CIJ como su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en los que fueron planteados aspectos tradicionalmente propios del DIPr¹⁶, o que de alguna manera abrevan y forman parte de su armadura conceptual¹⁷.

Atento a todo ello es que, a través de las líneas que siguen, abordaremos el mentado decisorio poniendo especial énfasis en la confluencia de la inmunidad de jurisdicción y el acceso a la justicia, atendiendo en este punto, al entramado de las reglas de DIP, los aspectos de DIPr y las normas de DD.HH y derecho humanitario.

¹² C. CUTLER (nota 11), p. 262.

¹³ Se manifiesta en este sentido, tanto en su curso de la Academia de La Haya de derecho internacional público como en su curso general de Derecho internacional privado: A. LOWENFELD, “International litigation and the quest for reasonableness”, *Recueil des Cours*, vol. 245, 1994; A. LOWENFELD, “Public law in the international arena: conflicts of law, international law, and some suggestions for their interaction”, *Recueil des Cours*, vol. 163, 1979.

¹⁴ A. MILLS (nota 5), p. 2

¹⁵ B. A. WORTLEY, “The interaction of public and private international law today”, *Recueil des Cours*, vol. 85, t. I, 1954, p. 260.

¹⁶ CIJ, 12/07/1929, “*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*” / “*Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens, émis en France*” / CIJ, 28/11/1958, “*Application of the convention of 1902 governing the guardianship of infants – Netherlands v. Sweden*” / CIJ, 21/12/2009, “*Jurisdiction and enforcement in civil and commercial matters – Belgium v. Switzerland*”.

¹⁷ CIJ, 18/11/1953, “*Nottebohm case, Liechtenstein v. Guatemala*” / CIJ, 23/09/1958, “*Barcelona traction, light and power company, Limited – Belgium c. Spain*” / CIJ, 03/02/2012, “*Jurisdictional immunities of the State – Germany v. Italy*”.

[Entre Escila y Caribdis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia

A propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en “Alemania c. Italia - con intervención de Grecia]

Florencia S. WEGHER OSCI | Carolina CAPOVILLA

II. Una sucinta narración de los hechos

1. Antecedentes del caso

Durante la década de 1990 fueron planteadas una serie de demandas en distintos tribunales italianos, contra el Estado alemán – la primera de ellas fue conocida como el caso “*Ferrini*”, tomado como base en el reclamo de otras doce personas–, por las que se reclamaba la indemnización civil por los daños y perjuicios causados en la Segunda Guerra Mundial por las Fuerzas Armadas (FF.AA) alemanas, a partir de septiembre de 1943, fecha en la que Benito Mussolini fuera removido del poder, e Italia se rindiera ante las fuerzas aliadas.

Según los reclamos planteados en aquellas causas, durante ese período las FF.AA alemanas perpetraron una serie de actos atroces, consistentes en la toma como prisioneros de miles de personas (civiles y miembros de las FF.AA de otros Estados), la negación a miembros de las FF.AA del tratamiento acorde al estatuto del prisionero de guerra y su deportación al territorio alemán para ser sometidos a trabajos forzados.

Si bien en primera instancia el caso “*Ferrini*” fue desestimado, con fundamento en la inmunidad de jurisdicción de Alemania, la Corte de Casación italiana declaró en el año 2004 que los tribunales italianos sí tenían jurisdicción en las causas planteadas, toda vez que dicha inmunidad no podía ser entendida en términos absolutos, al mismo tiempo que su aplicación no era viable en circunstancias en las que los actos juzgados constituyen crímenes internacionales¹⁸. En función de lo antedicho, la Corte de Casación italiana confirmó la sentencia y ordenó el pago de la reparación reclamada por las víctimas¹⁹.

En simultáneo a los planteos llevados adelante por los herederos de las víctimas italianas, en Grecia se iniciaron acciones con el fin de reclamar la reparación por los daños causados en la llamada “masacre de Dístomo”. Si bien en estos casos las cortes griegas fallaron a favor de lo reclamado por las víctimas, la autorización para la ejecución de dichas sentencias por parte del Poder Ejecutivo Griego nunca fue concedida, lo que motivó la imposibilidad de acceder a la efectiva reparación.

A raíz de dicha negativa, las víctimas intentaron el reconocimiento de las decisiones ante la justicia alemana, mas, tal reconocimiento fue denegado sobre la base del principio de inmunidad de jurisdicción del Estado alemán. En este escenario, los accionantes griegos procuraron en Italia el reconocimiento y la ejecución de la sentencia en su favor, requerimiento que fue concedido.

Así, con el fin de garantizar la efectividad de las sentencias, la justicia italiana ordenó medidas coercitivas sobre *Villa Vigoni*, un inmueble ubicado en territorio italiano perteneciente a Alemania, cuyo fin es la promoción y el intercambio de actividades sociales y culturales entre ambos países²⁰. Pero dicho procedimiento fue suspendido, debido a que

¹⁸ Corte de Casación de Italia, 11/03/2004 “*Ferrini v. Federal Republic of Germany*”, disponible en: *Rivista di diritto internazionale*, vol. 87, 2004, pp. 539 ss.

¹⁹ En la resolución citada, además se confirmó la condena a cadena perpetua de Max Josef Milde –ex sargento de las Fuerzas Armadas alemanas– quien fuera considerado el organizador de las matanzas de Civitella, Cornia y San Pancrazio, ocurridas el 29/06/1944, y que dieron origen a las mencionadas reclamaciones.

²⁰ <http://www.villavigoni.it/>.

el 23 de diciembre de 2008 Alemania interpuso una demanda contra Italia ante la CIJ, fundando la competencia del tribunal en el artículo 1 del Convenio Europeo sobre el arreglo pacífico de controversias²¹.

2. Los argumentos de las partes

La demanda presentada por Alemania sostenía como argumento principal que Italia – a través de su actividad judicial – no había respetado su inmunidad jurisdiccional, incurriendo así en la violación de sus obligaciones internacionales. Dicho planteo se fundaba en las siguientes acciones, que Italia había llevado a cabo:

A) Haber hecho lugar a las demandas civiles basadas en violaciones del derecho internacional humanitario, cometidas por el Reich alemán durante la Segunda Guerra Mundial;

B) Declarar ejecutables las sentencias dictadas en tribunales griegos, relativas a la masacre de Dístomo; y

C) Dictar medidas ejecutivas sobre bienes pertenecientes al Estado alemán en territorio italiano, con el fin de satisfacer dichos reclamos.

Por su parte, Italia planteó en su demanda de reconvención la responsabilidad internacional de Alemania por la violación de sus obligaciones internacionales, en relación a los siguientes hechos:

A) Causar la muerte de civiles en territorio ocupado durante la Segunda Guerra Mundial, como parte de una estrategia de represalias;

B) Las deportaciones de civiles a Alemania, para realizar trabajos forzados; y

C) La denegación del estatuto de prisioneros de guerra a miembros de las FF.AA. italianas.

Por último, cabe destacar que durante el curso del proceso hubo dos incidentes que culminaron en ordenanzas de la Corte. Por un lado el 06 de julio de 2010, la CIJ rechazó la demanda reconvencional de Italia, siendo la causal de la denegación el hecho que la mentada pretensión no se encontraba comprendida en la competencia de la Corte, de conformidad al artículo 80 de su Reglamento²², y en consecuencia el planteo era inadmisibile.

²¹Dicho artículo sostiene: “Las Altas Partes Contratantes someterán a la Corte Internacional de Justicia todas las controversias internacionales de orden jurídico que puedan surgir entre ellas, incluidas, en particular, las relativas a:

a) La interpretación de un tratado;

b) Cualquier cuestión de derecho internacional;

c) La existencia de cualquier hecho que, de quedar probado, constituiría un quebrantamiento de una obligación internacional;

d) La naturaleza o la extensión de la reparación que haya de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

²² Dicho artículo establece: “Subsección 3. Reconvención

Artículo 80: 1. La Corte sólo podrá admitir una demanda reconvencional si entra dentro del ámbito de su competencia y tiene conexión directa con el objeto de la demanda de la otra parte.

[Entre Escila y Caribdis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia

A propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en “Alemania c. Italia - con intervención de Grecia]

Por otro, y en función de un pedido hecho por el Estado griego, el 04 de julio de 2011, la Corte autorizó su intervención en el proceso, aunque no como parte, sino limitando su actuación a los aspectos vinculados a las decisiones de sus tribunales, y que otrora fueron declaradas ejecutables en Italia.

III. El decisorio

1. La inmunidad de jurisdicción y su alcance

La primera cuestión que abordó la Corte fue si –tal como sostenía Alemania– el derecho internacional actual consagra el principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, y en caso de ser así, si dicho principio es absoluto o está sujeto a determinadas excepciones. En relación a ello, remarcó que si bien los casos por los cuales se originaron las actuaciones ante los tribunales italianos constituyeron una grave violación del derecho internacional de los conflictos armados, señaló que no era esa la cuestión sobre la que se le solicitó se expida, sino en relación a si en dichas actuaciones los tribunales italianos estaban obligados a conceder inmunidad de jurisdicción a Alemania. La Corte luego analizó que si bien las Partes coincidían en torno a la validez e importancia de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, diferían en cuanto a su ámbito de aplicación y alcance.

A partir del análisis de las disidencias mencionadas, respecto del derecho aplicable concluyó -en función del contenido del artículo 13 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos²³- que el análisis de los hechos debe hacerse en función de derecho que se encontraba vigente al momento en que dichos hechos sucedieron; por lo tanto, la discutida inmunidad jurisdiccional debía analizarse a la luz de la normativa vigente al momento de las actuaciones en los juzgados italianos, ya que dichas actuaciones procesales son las que originaron el actual conflicto.

2. La inmunidad de jurisdicción y los actos cometidos por las FF.AA en el marco de un conflicto armado

En cuanto al ámbito de aplicación y la extensión de la regla de la inmunidad de los Estados, si bien ambas Partes acordaron en sostener la inmunidad de jurisdicción en los actos *jure*

2. La demanda reconvenional se formulará en la contramemoria de la parte que la presente y figurará entre las conclusiones contenidas en ella. Independientemente de la decisión que adopte la Corte, de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 45 del presente Reglamento, sobre la presentación de nuevos alegatos por escrito, se preservará el derecho de la otra parte a presentar sus opiniones por escrito sobre la demanda reconvenional en un alegato adicional.

3. Si se opone una excepción con respecto a la aplicación del párrafo 1 o si así lo estima necesario, la Corte adoptará una decisión al respecto después de haber oído a las partes.”

²³ El mencionado artículo 13 sostiene: “Obligación internacional en vigencia respecto del Estado: Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho”.

imperii, no lograban acuerdo respecto a si dicha inmunidad se extendía también a los casos en los que los actos que pretendían juzgarse habían sido cometidos por las FF.AA de un Estado durante un conflicto armado.

En relación a este tema, la Corte exploró la existencia de una norma convencional que consagrara dicha inmunidad y, si en caso de existir, resultaba aplicable a las partes. Así, se dedicó al análisis de dos textos, la Convención Europea sobre Inmunidad del Estado (1972), y la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (2004).

En relación al Convenio Europeo, sostuvo la Corte que del juego de los artículos 11 y 31²⁴ se desprende que el análisis de la inmunidad del Estado por los actos de sus FF.AA está al margen del contenido del Convenio, y la determinación debe hacerse en función de la costumbre internacional; en consecuencia, la inclusión del principio de territorialidad del perjuicio consagrado en el artículo 11 del Convenio de ninguna manera implica que los Estados no tengan derecho a gozar de inmunidad frente a actos ilícitos cometidos por sus FF.AA.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas no contiene disposición alguna que excluya de su ámbito de aplicación a los actos de las FF.AA., pero la interpretación que la CDI hizo del artículo 12 de dicho plexo normativo es que la citada disposición no es aplicable a las situaciones de conflicto armado²⁵, concluyendo entonces que resulta imposible interpretar que a partir del mencionado artículo el derecho internacional consuetudinario deniega la inmunidad de jurisdicción del Estado en aquellos procesos judiciales donde se cuestione la responsabilidad civil en relación a hechos que produjeron la muerte o lesiones a personas, o daños a la propiedad, y que fueran cometidos en el territorio del Estado del foro por las FF.AA de otro Estado en el marco de un conflicto armado²⁶.

²⁴ Enuncian dichos artículos:

Artículo 11: “Un Estado Contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado Contratante si las actuaciones se refieren a la reparación de un daño corporal o material resultante de un hecho ocurrido en el territorio del Estado del foro y si el autor de la lesión o el daño estaba presente en ese territorio en el momento de ocurrir ese hecho”.

Artículo 31: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio afectará a ninguna de las inmunidades o privilegios de que goce un Estado Contratante con respecto a algo que hayan hecho u omitido hacer sus FF.AA presentes en el territorio de otro Estado Contratante, o en relación con dichas FF.AA”.

²⁵ El citado artículo 12 refiere: “Lesiones a las personas y daños a los bienes: salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión.”

²⁶ Cabe agregar que el citado Convenio aún no ha entrado en vigor, con lo cual, si hubiera contenido norma alguna que se ajustara al caso analizado, la misma sólo podría haber sido utilizada como referencia de la postura actual de la comunidad internacional respecto de este tema.

Descartadas estas posibilidades, el Tribunal seguidamente observó la práctica de los Estados a través de sus legislaciones y los fallos de sus tribunales, y concluyó que de dichas prácticas se desprende que la inmunidad de los Estados es una regla general de derecho consuetudinario en la práctica estatal. Dicha práctica, demostraba que en los casos que los Estados reclaman inmunidad para sí mismos o la concedían en favor de otros, actúan sobre la base de que existe en el derecho internacional un derecho a la inmunidad, y una correlativa obligación de parte de otros Estados de respetarlo y hacerlo efectivo, no siendo un mero asunto de cortesía²⁷.

En virtud de lo antedicho, la Corte concluyó que el derecho internacional consuetudinario aún exige que se otorgue inmunidad a un Estado en los procedimientos judiciales en los que se investigan actos presuntamente lesivos, cometidos por sus FF.AA en el territorio de otro Estado y en el marco de un conflicto armado.

3. El objeto y las circunstancias de las demandas presentadas por Italia como argumento para denegar la inmunidad

Una vez zanjadas estas cuestiones, el tribunal analizó el argumento esgrimido por Italia, cuyo fundamento consistía en sostener que la denegación de inmunidad encontraba su razón de ser en la especial naturaleza de los actos constitutivos del objeto de las demandas, como así también en las circunstancias en que dichas demandas habían sido presentadas.

Respecto del primer planteo, la Corte concluyó que a la luz del análisis del derecho internacional consuetudinario actual, no debía privarse de inmunidad a un Estado por el hecho de haber sido acusado de la comisión de violaciones graves a la normativa internacional sobre DDHH o del derecho aplicable a los conflictos armados. A su vez, y en relación a un posible conflicto entre las normas del *jus cogens* -que constituyen el derecho aplicable a los conflictos armados- por un lado, y las normas atributivas de inmunidad por el otro, la Corte sostuvo que dicho conflicto es inexistente, ya que se aplican a cuestiones diferentes; es decir, las reglas atributivas de inmunidad son de carácter procesal y se limitan a determinar si los tribunales de un Estado tiene la potestad de ejercer su competencia respecto de otro Estado, por lo que su aplicación de ninguna manera puede perturbar el análisis de la cuestión de fondo del proceso (ámbito de aplicación de las normas del *jus cogens*).

Respecto de la segunda cuestión a analizar, el planteo italiano sostenía que la denegación de inmunidad a Alemania se fundaba en el hecho de ser la última vía a la que las víctimas podían recurrir para obtener las pretendidas indemnizaciones. Dicho argumento fue rechazado sin más por la Corte. A estos efectos sostuvo que la práctica de los Estados no contemplaba supuesto alguno por el que se pudiera privar a un Estado de esta prerrogativa frente a la pretendida insuficiencia de las reparaciones pecuniarias de las víctimas. En el mismo sentido señaló la Corte, este planteo no encontraba fundamento ni

²⁷ D. NEGRO, “La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia”, *Agenda Internacional*, n° 30, 2012, p. 249.

en las convenciones internacionales que podrían resultar aplicables al caso, como tampoco en las prácticas legislativas o judiciales de los Estados.

4. El ansiado fallo

En fin, y en función del análisis de los hechos y el planteo de los argumentos expresados ut supra, la Corte resolvió²⁸ –en base a las peticiones planteadas por Alemania- que:

A) A la luz del derecho internacional- la República italiana incumplió su obligación de respetar la inmunidad de que gozaba la República Federal de Alemania, al permitir el planteo de demandas civiles cuyo fundamento era la violación del derecho internacional humanitario, cometidas por el Reich alemán entre los años 1943 y 1945.

B) La República de Italia incumplió su obligación de respetar la inmunidad de ejecución del Estado alemán, al adoptar medidas coercitivas contra Villa Vigoni.

C) La República de Italia incumplió su obligación de respetar la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania, al declarar ejecutables en Italia las decisiones judiciales griegas basadas en violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en Grecia, cumpliendo órdenes del Reich alemán.

D) La República de Italia deberá garantizar que las decisiones de sus tribunales y de otras autoridades judiciales que vulneren la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania sean dejadas sin efecto (ya sea a través de la legislación apropiada o recurriendo a otros métodos)²⁹.

E) Rechazar las demás peticiones de la República Federal de Alemania.

IV. Intersecciones entre la inmunidad de jurisdicción y la protección del acceso efectivo a la justicia

Como señalamos al comienzo de este opúsculo, la CIJ ha resuelto, en no pocas ocasiones, casos en los que se vieran involucrados aspectos eminentemente propios del DIPr, o bien referidos a componentes que son parte de su andamiaje teórico³⁰. En relación a ello,

²⁸ En este punto corresponde aclarar que la decisión adoptada por la CIJ no fue unánime. La decisión reseñada en este apartado corresponde al voto de la mayoría. Ver <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=60&case=143&code=ai&p3=4..>

²⁹ Corresponde señalar que a la fecha de la presentación del presente trabajo, se encontraba en trámite un planteo inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional italiano, respecto de ciertas normas dictadas en Italia con el objeto de cumplir con lo ordenado en el cuarto punto del decisorio -que obliga al Estado italiano a garantizar que las decisiones de sus tribunales y de otras autoridades judiciales que han vulnerado la inmunidad de que goza la República Federal de Alemania sean dejadas sin efecto- por considerar que éstas vulneran preceptos constitucionalmente protegidos. La postura que adopte el Tribunal, así como las implicancias de su decisión seguramente sean tema de análisis en futuros textos relacionados a este tema.

³⁰ En relación a la labor de la CIJ en casos de DIPr ver generalmente: S. DE DYCKER, “Private International Law Disputes before the International Court of Justice”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol.1, n° 2, 2010, pp. 475–498; H. VAN LOON, “El derecho internacional privado ante la corte internacional de justicia:

[Entre Escila y Caribdis: inmunidad de jurisdicción y acceso efectivo a la justicia

A propósito de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en “Alemania c. Italia - con intervención de Grecia]

Florencia S. WEGHER OSCI | Carolina CAPOVILLA

decíamos, es posible interpretar en esta clave una serie de aspectos o puntos salientes de la sentencia, por cuanto la problemática suscitada entre Alemania e Italia, presenta ribetes que le son propios tanto a la disciplina del DIP como del DIPr. Con ello, nos referimos puntualmente a la tensión entre inmunidad de jurisdicción y acceso a la justicia, aspecto que atraviesa toda la sentencia, pues mientras la inmunidad refiere al estatus de un Estado como sujeto de DIP, también contribuye en principio como una excepción al ejercicio de las cortes nacionales y otras autoridades de su jurisdicción así como de su poder para ejecutar el cumplimiento de decisiones contra otros Estados³¹.

Ahora bien, aunque usualmente las cuestiones referidas a las inmunidades –de los Estados o de los diplomáticos– están ligadas al DIP, cierto es que la acepción otorgada a este instituto y en consecuencia su extensión no ha permanecido inmutable a través de los años. Desde su origen, que se remonta a la regla medieval *par in parem non habet imperium* y a la igualdad soberana de los Estados como principio fundamental del orden jurídico internacional³², han sido los tribunales nacionales los encargados de cincelar los contornos de esta excepción, delimitando su alcance y e interpretación³³.

Decimos que la inmunidad es una excepción toda vez que opera como freno al ejercicio de jurisdicción –ejercicio tradicionalmente considerado como manifestación de la soberanía de los Estados; jurisdicción que de otra manera existiría y sería ejecutable³⁴. Como tal, esta particularidad debe ser interpretada al calor de las contingencias que la rodean, en oposición a su estudio “en el vacío”³⁵.

En cuanto al acceso a la justicia, si bien las palabras no son fáciles de definir, sí es posible señalar dos propósitos básicos del sistema legal –sistema por cual las personas deberían poder vindicar sus derechos o resolver sus disputas bajo los auspicios generales de un Estado– a los que debe atender. Por un lado, este sistema debe ser equitativamente accesible para todos, por otro debe conducir a resultados que sean individual y socialmente justos³⁶. Esto es, la voz “acceso a la justicia” *lato sensu* estriba tanto en la existencia de un juez o tribunal con competencia para decidir, que pueda dirimir la solicitud en un tiempo razonable³⁷, cuanto las instancias que se derivan de la sentencia decisoria, incluidas aquellas que refieren a la efectiva ejecución de lo resuelto por el tribunal. Ello así toda vez que el derecho de acceso a la justicia no puede consumarse con sólo ofrecer un tribunal competente a los demandantes. Así las cosas, carecería de sentido que un tribunal se arrogue competencia para decidir un caso como un mero gesto simbólico, que perecerá por

mirando hacia atrás y mirando hacia delante, *AEDIPr*, 2014, pp. 35-51; B. UBERTAZZI, “Private International Law before the International Court of Justice”, *YBPIL*, vol. 15, 2013/2014.

³¹ H. VAN LOON / S. DE DYCKER (nota 2), p. 16

³² D. NEGRO (nota 24), p. 254

³³ B. A. WORTLEY (nota 15), p. 261.

³⁴ X. YANG, *State immunity in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 423 ss.

³⁵ A.A. CANÇADO TRINDADE, *A visão humanista do directo internacional*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013, p. 47.

³⁶ B.G. GARTH / M. CAPPELLETTI, “Access to Justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective”, *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978, p. 182.

³⁷ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours*, vol. 323, 2006, p. 50.

no tener fuerza ejecutoria³⁸. La sentencia que nos convoca, pone sobre el tapete aspectos relativos a la sinergia -¿o colisión?- entre estos componentes que parecieran funcionar entre sí como contrapuntos.

La CIJ, señalábamos anteriormente, escinde los actos de las FF.AA –acordándoles el carácter de actos de imperio– del planteo general sobre la inmunidad de jurisdicción. En el entendimiento del Tribunal, la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, reviste el carácter de procesal, en consecuencia, su naturaleza es preliminar a toda decisión y precluye la posibilidad de que un tribunal se expida sobre el fondo del asunto en los casos en donde opera esta excepción, indistintamente de la naturaleza de los actos cometidos³⁹. En este sentido, el Tribunal se preocupó aclarar que el hecho considerar que los actos de las FF.AA son *iuri imperi* no comporta la decisión de reconocerles legalidad; muy por el contrario, los fustigó señalando que son indudablemente violaciones a los DD.HH y al derecho humanitario en tanto los derechos afectados revisten el carácter de normas perentorias de *ius cogens*. Sin embargo, en el razonamiento de los magistrados los actos de las tropas alemanas aunque manifiestamente ilegales, constituían claramente actos de imperio y por tanto debía concluirse el reconocimiento de la inmunidad respecto de estos⁴⁰.

La realidad es que, cuando la Corte desvincula la cuestión de la inmunidad de jurisdicción de los actos por los cuales se le reclamaba a Alemania reparación, reduce el planteo de Italia –y de Grecia en consecuencia– a uno estrictamente formal, procedimental, al análisis de la excepción de inmunidad *in a vacuum*⁴¹. En contraposición a ello, aclara Horatia Muir Watt que, “el ejercicio por parte del Estado de su propia competencia jurisdiccional a fin de asegurar el acceso a la justicia de los particulares no resiste el desafío de la distinción entre fondo y procedimiento”⁴².

Siguiendo la misma línea argumentativa, la CIJ en su voto mayoritario resalta que este análisis no conculcaría de manera alguna el derecho de reparación de las víctimas, pues el reconocimiento de la excepción de jurisdicción no comporta para Alemania la posibilidad de liberarse de responsabilidad internacional por sus actos. La tensión entre inmunidad –Escila– y acceso a la justicia –Caribdis– encuentra su punto más álgido frente a esta respuesta de la CIJ, pues como poníamos de resalto anteriormente, la excepción procesal de inmunidad obstará siempre la concreción efectiva del derecho de los afectados. El tribunal arguye la inexistencia de práctica judicial en sentido contrario, circunstancia que de existir le permitiría apartarse de este criterio. Al respecto se ha dicho que lo que el

³⁸ U. BAXI (nota 10), p.338.

³⁹ X. YANG, “Absolute immunity of foreign armed forces from tort proceedings”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, n° 2, p. 284

⁴⁰ X. YANG (nota 39), 284.

⁴¹ A.A. CANÇADO TRINDADE (nota 35), p. 47.

⁴² H. MUIR WATT, “Les droits fondamentaux devant les juges nationaux a l’épreuve des immunités juridictionnelles. À propos de l’arrêt de la Cour Internationale de justice, Immunités juridictionnelles de l’État (Allemagne c/ Italie [Grèce intervenant]), du 3 de février de 2012”, *Rev. crit. DIP*, vol. 10, n° 3, 2012, pp. 539–552.

tribunal pareciera estar haciendo en este punto es “confundir la validez de una norma con su efectividad, esto es, la Corte ha sugerido que una norma no es una norma legal hasta que sea aplicada por una Corte”⁴³.

Sin embargo, cierto es que la práctica referida a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por violaciones graves de los derechos humanos cometidas en el territorio del Estado del foro por las FF.AA del Estado extranjero en el contexto de un conflicto armado “no es del todo general, constante y uniforme y continuada y duradera”⁴⁴.

Con todo, es dable preguntarse por el papel que ocupa el tribunal en la integración del ordenamiento jurídico internacional cuyas características particulares -horizontalidad, descentralización, entre otras- pueden generar inconsistencias. Al mismo tiempo, se vuelve menester recordar el carácter consensual del contenido de las normas de derecho internacional —así se observa en la formación de la costumbre, o en la discusión para la elaboración de tratados. A este respecto y como contrapunto, señala Ferret Lorret que “en su jurisprudencia la CIJ no suele defender tesis objetivistas, basadas en la existencia de principios o normas jurídicas que pretendidamente se encuentran por encima, que priman sobre la voluntad de los Estados o más bien sobre el acuerdo general de los Estados; según estas tesis, tales principios o normas jurídicas deben determinar el contenido del derecho internacional en vigor”⁴⁵.

V. Consideraciones Finales

En las primeras líneas de este comentario señalábamos la existencia de un entramado de reglas que forman el plexo normativo del Derecho internacional, entre las que es posible identificar normas sobre aspectos de DIP, DIPr y de DD.HH. Este paisaje variopinto, conformado por reglas con diferentes fundamentos epistemológicos, puede parecer en ocasiones un tanto farragoso. Ello así por cuanto, al poseer un ropaje que les es propio, se requerirá una actuación acompasada ante las situaciones en las que sean llamadas a (inter)actuar.

En relación a ello, decíamos, de un tiempo a esta parte el paradigma de los DD.HH ha ido permeando el análisis -y las soluciones- de las controversias internacionales, tendiendo puentes entre las disciplinas pública y privada del derecho internacional, que permitan atender a las necesidades de cada caso concreto. En efecto, estos “vasos comunicantes” tienen potencial para accionar como vectores permitiendo una integración entre las brechas dejadas por la separación originaria entre DIP y DIPr⁴⁶.

⁴³ X. YANG (nota 39), p. 285.

⁴⁴ J. FERRET LORRET, “La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, n° 24, 2012, p. 28.

⁴⁵ J. FERRET LORRET (nota 44), p. 27.

⁴⁶ De la vasta literatura referida a las relaciones entre DIPr y derechos humanos resaltamos aquí, no exhaustivamente: H. MUIR WATT, “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 2013, pp. 59–78; A. CLAPHAM, *Human rights in the private sphere*, Oxford University Press, 1996; Y. LEQUETTE, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, en: D. Roman/ S. Hennette-Vauchez, *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1997, P. KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international

La sentencia en análisis, sostenemos, pone de resalto el diálogo entre las normas de derecho internacional al que hacíamos referencia, al tiempo que llama la atención sobre las implicancias que reviste la fragmentación de un caso en categorías cuya desconexión podría dar lugar a una solución injusta, esto es, que desatienda a la realidad de las violaciones y del sufrimiento humano vividos.

El riesgo al que hacíamos referencia a lo largo del trabajo se patentiza en este punto, toda vez que la inmunidad de jurisdicción así resuelta frente a la regla general de competencia de los tribunales de un Estado respecto de los hechos ocurridos en su territorio, habilitaría o justificaría la desatención del derecho humano de acceso y tutela judicial efectiva, de consagración internacional innegable. Esta ponderación no debería ser realizada en abstracto, especialmente cuando el resultado tendrá impacto directo sobre los individuos. Más aún, siendo la inmunidad una prerrogativa, un privilegio, no es posible pensar en su aplicación escindida “de un Derecho internacional que evoluciona a la luz de valores humanos fundamentales”⁴⁷.

En este sentido, la protección del derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia, ha tenido un desarrollo notable en los últimos decenios, siendo la actividad sostenida de los tribunales internacionales de derechos del hombre uno de los principales motores de su crecimiento. De igual manera, la tendencia a simplificar y facilitar el acceso a los tribunales es cada vez más ostensible en cuestiones concernientes a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de decisiones y a la cooperación entre autoridades⁴⁸, en el entendimiento de la jurisdicción no ya como el ejercicio poder soberano, sino como el ejercicio de una función, como canal a partir del cual procurar soluciones justas a controversias internacionales.

VI. Referencias bibliográficas

- BATIFFOL, H., Points de contact entre le droit international public et le droit international privé”, *REDI*, vol. XXV, 1.4, 1972.
- BAXI, U. “Mass torts, multinational enterprise liability and private international law”, *Recueil des Cours*, vol. 276, 1999.
- CANÇADO TRINDADE, A.A., *A visão humanista do direito internacional*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013.
- CLAPHAM, A., *Human rights in the private sphere*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

privé”, *Recueil des Cours*, vol. 318, 2005 ; B. FAUVARQUE– COSSON, “Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux”, *RIDC*, vol. 52, n° 4, 2000.

⁴⁷ A.A. CANÇADO TRINDADE (nota 35), p. 47.

⁴⁸ La preocupación además por la celeridad y por optimizar procesos que robustezcan la cooperación y el acceso a la justicia ha sido manifestada por diferentes foros de codificación y organismos internacionales, así como por asociaciones de derecho internacional entre ellas la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado –HCCH–, la Organización de los Estados Americanos y la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado – ASADIP–, mencionando sólo algunos.

- CUTLER, C., "Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in international law", en: *Review of International Political Economy*, vol. 4, n° 2, 1997.
- DYCKER DE, S., "Private International Law Disputes before the International Court of Justice", *Journal of International Dispute Settlement*, vol.1, n° 2, 2010.
- FAUVARQUE– COSSON, B., "Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux", *RIDC*, vol. 52, n° 4, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Recueil des Cours*, vol. 323, 2006.
- FERRET LORRET, J., "La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, n° 24, 2012.
- FOYER, J. "La jurisprudence en droit international privé entre création et adaptation de la règle de droit", *Archives de philosophie du droit*, t. 50, 2007.
- GARTH B.G. / CAPPELLETTI, M., "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, vol. 27, 1978.
- KARAMANIAN, S.L., "Public international law versus private internacional law", *Curso de derecho internacional XL*, Río de Janeiro. Comité Jurídico Interamericano, 2013.
- KENNEDY, D., "Stages of the decline of the public and private division", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982.
- KINSCH, P., "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Recueil des Cours*, vol. 318, 2005.
- LEQUETTE, Y., "Le droit international privé et les droits fondamentaux", en : D. Roman / S. Hennette–Vauchez, *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 1997.
- LOWENFELD, A., "Public law in the international arena: conflicts of law, international law, and some suggestions for their interaction", *Recueil des Cours*, vol. 163, 1979.
- LOWENFELD, A., "International litigation and the quest for reasonableness", *Recueil des Cours*, vol. 245, 1994.
- MAEKELT DE, T.B., "Relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público", en: D.P. Fernández Arroyo/ C. Lima Marques, *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*, CEDEP–ASADIP, 2011.
- MICHAELS, R., "Globalization and law: law beyond the state", en: R. Banakar / M. Travers, *Law and the social theory*, Oxford, Hart Publishing, 2013, version disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240898.
- MILLS, A., *The confluence of public and private international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- MUIR WATT, H., "Droit public et droit privé dans les rapports internationaux", *Archives de philosophie du droit*, t. 41, 1997.
- MUIR WATT, H., "Private international law beyond the schism", *Transnational legal theory*, vol. 2, n° 3, 2011.

- MUIR WATT, H., “Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l’épreuve des immunités juridictionnelles. À propos de l’arrêt de la Cour internationale de justice, Immunités juridictionnelles de l’État (Allemagne c/ Italie [Grèce intervenant]), du 3 de février de 2012”, *Rev. crit. DIP*, vol. 101, n°3, 2012.
- MUIR WATT, H., “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Revue internationale de droit économique*, n° 1, 2013.
- NEGRO, D., “La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia”, *Agenda Internacional*, n° 30, 2012.
- ORAKHELASHVILI, A., “Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)”, *AJIL*, vol. 106, n° 3, 2012.
- VAN LOON, H., “Foreward”, *Hague Conference on Private International Law, HCCH—Annual Report 2010*.
- UBERTAZZI, B., “Private International Law before the International Court of Justice”, *YBPIL*, vol. 15, 2013/2014.
- VAN LOON H. / DYCKER DE, S. “The Role of the International Court of Justice in the Development of Private International Law”, disponible en: <http://societip.files.wordpress.com/2013/12/the-role-of-the-international-court-of-justice-in-the-development-of-private-international-law-hans-van-loon.pdf>
- VAN LOON, H., “El derecho internacional privado ante la corte internacional de justicia: mirando hacia atrás y mirando hacia delante”, *AEDIPr*, 2014.
- WEERAMANTRY, C. G., *Universalizing international law*, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2004.
- WORTLEY, B.A., “The interaction of public and private international law today”, *Recueil des Cours*, vol. 85, t. I, 1954.
- YANG, X., *State Immunity in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- YANG, X., “Absolute immunity of foreign armed forces from tort proceedings”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, n°2, 2012.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

***Protección internacional del consumidor.
Procesos de escasa cuantía en los litigios
transfronterizos***

**por Luciane KLEIN VIEIRA, Buenos Aires / Montevideo,
BdeF, 2013**

María Florencia CLEMÉNT*

Acertadamente el libro de Luciane Klein Vieira “Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos” comienza con una cita de Miller y Harvey que nos anticipa en tres líneas la intención central de la autora en esta obra: “La eficacia de las medidas de protección al consumidor no sólo depende del reconocimiento de los derechos, sino y especialmente de los medios eficaces y adecuados para afirmarlos”.

Teniendo en consideración que en la actual sociedad mundial de consumo es central la protección del consumidor como parte débil de la relación internacional de consumo, Klein Vieira entiende fundamental que el mismo cuente en el ámbito del DIPr con un tratamiento legislativo especial, y procesos expeditos, ágiles y simplificados, que garanticen la seguridad jurídica, pero por sobre todo, que faciliten el acceso a la justicia en ejercicio de sus derechos.

A lo largo del primer capítulo del libro, la autora realiza un análisis sistematizado de la normativa posiblemente aplicable para la protección del consumidor transfronterizo -en particular, en materia de procesos de escasa cuantía- existente en todos los niveles de producción normativa del MERCOSUR, ya sea que la misma se encuentre vigente o no. Este examen le permite al lector conocer a fondo qué normas existen actualmente en el ámbito mercosureño y en el derecho interno de los Estados miembro sobre el tema antes señalado, sus características y un análisis crítico de las mismas, así como su aplicabilidad. Es en este apartado que la autora reflexiona que “el contexto de (des)protección e inseguridad jurídica en el cual el consumidor transfronterizo está sumergido, en el MERCOSUR, genera una serie de inconvenientes a la hora de hacer valer los derechos involucrados en un contrato internacional de consumo” (p.85).

Una vez finalizado ese estudio, Klein Vieira continúa el texto realizando un análisis de derecho comparado de la legislación existente en el ámbito de la Unión Europea. En primer lugar analiza sistemática y detalladamente las herramientas allí existentes, en especial, el proceso europeo de escasa cuantía instituido por el reglamento (CE) n° 861 de

* Abogada, egresada de la Universidad Nacional del Litoral, miembro de la clínica de interés público en materia de consumidores y usuarios de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Litoral.

2007. Posteriormente efectúa una comparación con las herramientas presentes en el ámbito del MERCOSUR. A lo largo de este segundo capítulo, la autora va identificando aquellos aspectos positivos de la legislación europea que podrían ser aplicables en el ámbito mercosureño, lógicamente, luego de lo que ella entiende como un proceso de adecuación necesario con base en sus características propias.

Así, una vez culminado el estudio profundizado de las normativas existentes en dichos bloques internacionales, y para finalizar con la obra, Klein Vieira realiza una propuesta concreta de proceso mercosureño para el cobro de créditos transfronterizos de pequeño monto en materia de consumo. Los lineamientos para estructurar la justicia de mejor cuantía que propone se ordenan de forma completa y coherente en cinco puntos, a saber: 1) Ámbito de aplicación del proceso; 2) Jurisdicción internacional del mismo; 3) Ley aplicable para solucionar la controversia; 4) Procedimiento; 5) Reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras.

En virtud de todo lo antes mencionado, debemos reconocer el brillante trabajo de la joven, no por ello menos talentosa, Luciane Klein Vieira, que encuentra fundamento en su tesis de maestría: “Las iniciativas regionales para la protección del consumidor transfronterizo en materia de procesos de escasa cuantía y la posibilidad de su implementación en el Mercosur”, dirigida por el Dr. Diego P. Fernández Arroyo.

La importancia de su investigación, y en especial de la obra bajo análisis, radica en la necesidad imperiosa de protección del consumidor en la actualidad, más aún en el contexto internacional. Resalta reiteradamente la autora que lo principal en cualquier proceso que se establezca es que el mismo busque evitar que el consumidor desista en el ejercicio de sus derechos, sobre todo cuando se trata de procesos de escasa cuantía, que pueden implicarle un mayor gasto que recompensa.

Asimismo, es dable destacar que la obra sirve para conocer el contexto actual de la relación de consumo internacional tanto en el Mercosur como en la Unión Europea, y la situación de desprotección en la que se halla sumido el consumidor en el primer bloque mencionado.

Tal como resalta el Dr. Diego P. Fernández Arroyo en el prólogo de la obra, es un “trabajo de investigación sólido por sus cimientos argumentales, exhaustivo por sus fuentes y útil por sus conclusiones”.

Para concluir, recomendamos fervientemente la lectura del libro, siendo el mismo de carácter obligatorio para todos aquellos que disfrutan las lecturas relacionadas tanto al Derecho Internacional Privado como al Derecho del Consumidor.

Derecho Internacional Privado para un mundo globalizado

**por María Mercedes ALBORNOZ, Centro de Investigación y
Docencia Económicas, 2014**

Santiago RAMÍREZ REYES*

Abordar el análisis del DIPr en México precisaba de un enfoque distinto al de los métodos tradicionales. Un análisis que, asentado firmemente en la doctrina, se desarrollara a través de casos prácticos (reales o ficticios) para ejercitar el razonamiento jurídico del lector. En respuesta a esa oportunidad, María Mercedes Alborno nos presenta una obra con una metodología activa que contrasta con la enseñanza tradicional de la materia y nutre la dialéctica entre el estudiante y el DIPr.

Se trata de un trabajo práctico e innovador tanto en contenido como en su estructura. La presentación se realiza en dos partes, una general y otra especial basada en temas selectos. La primera parte propone una introducción al DIPr con una aproximación gradual al concepto, contenido, objeto y sus fuentes. La segunda aborda cuatro temas cuidadosamente elegidos: la persona física como sujeto del tráfico jurídico externo, la persona moral como protagonista de ese tráfico, la contratación internacional y el litigio internacional. Un orden de temas alternativo a los libros de texto en la materia que facilita al lector la comprensión de los problemas que suscita en la actualidad el DIPr.

La presentación de los temas y subtemas se efectúa a través de una clara división en tres partes; en primer lugar (a) los objetivos de cada tema o subtema, seguidos de (b) una lista del material de lectura (tanto obligatoria como sugerida) que incluye normas de referencia, doctrina y en ocasiones jurisprudencia, para terminar con un (c) apartado de casos prácticos y ejercicios.

El trabajo de la Profesora Alborno se distingue de los manuales de DIPr existentes. Dicha distinción radica principalmente en la propuesta de aprender cada tema de la disciplina aplicando el Derecho para que el lector resuelva casos prácticos y ejercicios. Con ello, el contenido del libro se complementa con el trabajo y el análisis del lector dando lugar a un diálogo permanente.

De esta manera, esta novedosa propuesta exige un compromiso profundo del lector con el estudio del DIPr, invitándolo a consultar las diversas fuentes del Derecho –incluso reglas de derecho transnacional– que podrían ser aplicadas para resolver los problemas jurídicos planteados, fomentando el análisis y la creatividad. Al invitar a los estudiantes a

* Doctorante por la Universidad Paris 1 *Panthéon-Sorbonne*. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo de contacto: Santiago.ramirez-reyes@univ-paris1.fr

realizar la búsqueda de información no solamente en libros de texto sino también en revistas académicas especializadas en la materia, este libro contribuye a despertar en el estudiante el gusto por la investigación internacional-privatista y la conciencia de la actualidad del DIPr. Académicos y profesionales del derecho, concordarán en que el desarrollo de la habilidad de investigar y actualizarse constantemente es indispensable para todo estudiante de Derecho en pleno siglo XXI, adicional razón de peso para reconocer el esfuerzo en la dinámica didáctica del libro objeto de esta reseña.

La obra cumple cabalmente con la doble finalidad que se propone, es decir, la de compartir el material del curso de DIPr elaborado a través de un enfoque distinto, así como la de contribuir a refrescar de los métodos en la enseñanza de la materia en México. No obstante, el trabajo propuesto va todavía más allá, aportando otros elementos importantes que resultan de gran utilidad al estudiante internacional-privatista mexicano o latinoamericano.

En efecto, y con acierto, el libro trae a primer plano el contexto actual del DIPr, es decir, el de un mundo globalizado en el cual el tráfico internacional de personas, bienes y servicios ha aumentado de manera exponencial, con la consecuencia lógica del incremento en la cantidad de situaciones con elementos de extranjería que acaecen. La autora nos permite estudiar los complicados casos que se presentan en un contexto real y actual, favoreciendo así el aprendizaje.

Es loable el trabajo de la Dra. Albornoz en cuanto a su esfuerzo por poner al alcance del lector el análisis de sentencias dictadas por tribunales nacionales pero también extranjeros, entre las cuales merecen ser destacadas las sentencias dictadas en idiomas distintos al español. Estas últimas, que fueron traducidas al español por la misma autora para ser incorporadas a esta obra, permiten al lector entrar en contacto con culturas jurídicas diferentes de la propia (entre ellas la cultura estadounidense del *common law*) y enriquecen notoriamente el estudio y el aprendizaje de la materia.

Además de las constantes referencias a otros sistemas de derecho, la autora comenta e incluye referencias a otros sistemas jurídicos latinoamericanos. En estas referencias, el lector podrá apreciar que países con orígenes jurídicos tan similares han evolucionado a la par y sin embargo difieren unos de otros. Por dicha razón, el trabajo propuesto resulta no solamente de interés para estudiantes y estudiosos del DIPr en México sino también para lectores de otros países de América Latina.

Las referencias a convenciones internacionales e instrumentos de *soft law* como los elaborados por la Conferencia de la Haya, UNIDROIT o UNCITRAL, así como a tratados internacionales que son parte del derecho positivo mexicano, reafirman el enfoque práctico de esta obra y ponen en relieve la reacción —que muchas veces consiste en la recepción— de diversas doctrinas extranjeras por parte de jueces y legisladores latinoamericanos.

En suma, tomando en cuenta los aportes de tipo metodológico y el corte comparatista que adopta, esta obra constituirá, sin lugar a dudas, una lectura enriquecedora para los investigadores, litigantes y estudiantes de DIPr. En definitiva, en esta obra el estudiante de internacional-privatista encontrará las herramientas que le permitirán

desarrollar el fino criterio jurídico necesario para hacer frente a los desafíos que le plantea al jurista este mundo globalizado.

Cooperación jurídica en el Mercosur: nacimiento de un derecho procesal civil mercosureño

por Renata ALVARES GASPAR, Santos, Editora Universitaria

Leopoldianum, 2014

Florencia S. WEGHER OSCI*

“Será a través de la jurisdicción, en definitiva - de forma directa o indirecta - que los derechos humanos serán realmente garantidos, de forma tal que las decisiones políticas o particulares de los actores y poderes involucrados en la empresa integracionista no se sobrepongan a los derechos de los individuos que son la verdadera razón y finalidad de cualquier estructura, sea interna, comunitaria o internacional: el ser humano entendido en forma individual o colectiva”.

Las líneas que anteceden, palabras de la autora en uno los acápites del libro que nos convoca sintetizan, de alguna manera, el aspecto central de la obra. Esta breve obra, producto del trabajo de investigación conducido por la Dra. Alvares Gaspar en el ámbito de la Pontificia Universidad Católica de Campinas - PUCCampinas - en San Pablo, Brasil, se organiza a partir de una introducción y cinco capítulos, a través de los cuales la jurista da cuenta de los desafíos actuales de la cooperación judicial internacional en el MERCOSUR, al tiempo que las conclusiones a las que arriba dan lugar a nuevos interrogantes tanto para esta como para otras áreas del derecho.

La estrategia narrativa del libro desarrolla la construcción de un microsistema de derecho procesal civil en el espacio integrado del Mercado Común del Sur. En este sentido, pone el acento sobre una serie de factores que convergen, postulando interrogantes –y respuestas– sobre las racionalidades a las que responden las políticas en materia cooperación judicial internacional. En esta línea de ideas analiza la multiplicación de los procesos judiciales internacionales en el área civil, la insuficiencia de las soluciones locales para esta clase de litigios y la cooperación jurídica internacional como vehículo adecuado para dotar a las relaciones sociales transfronterizas de seguridad jurídica. Todo ello enmarcado por el paradigma de los derechos humanos como prisma analítico de estas problemáticas en la era de la globalización.

Con esta impronta, Renata Alvares Gaspar comienza por señalar la importancia de la cooperación jurídica en la actualidad no ya como una cuestión de “cortesía” sino imperativa. Ello así por cuanto la multiplicación de los fenómenos jurídicos que trascienden las fronteras de un Estado, llama la atención sobre la necesidad de esgrimir estrategias

* Abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral, maestranda en Derecho internacional privado por la Universidad de Buenos Aires, becaria de investigación y docente de Derecho internacional privado de la Universidad Nacional del Litoral.

jurídicas que permitan atender a situaciones que “reclaman explicaciones y respuestas de justicia”.

A partir de esta idea la investigadora desarrolla las características del sistema de asistencia jurídica del Mercosur, refiriéndose, en particular, a los instrumentos existentes en materia civil que se constituyen como el *corpus iuris* de un Derecho procesal civil internacional especial, dado el ámbito espacial en el que se despliega, esto es, el de un bloque de integración regional.

En la progresión de los capítulos, se introduce la noción de *Derecho Procesal Comunitario* caracterizando a este “conjunto de normas jurídicas que internacionalizan el proceso y consecuentemente vinculan miembros de un mismo proceso de integración regional o subregional”, con referencia al proceso de integración mentado. Esta conceptualización resulta ilustrativa de las estrategias de elaboración normativa conducidas en el espacio mercosureño, toda vez que estas se encuadran en un proceso de codificación de la cooperación internacional, pensados también como dispositivos de protección de los Derechos Humanos. Ello así, en tanto el fortalecimiento de estas herramientas responde a la necesidad de mayores certezas para el devenir de los procesos judiciales surgidos como consecuencia de las relaciones jurídicas de derecho privado internacional.

La autora –quien aclara que no es su intención agotar en esta contribución el objeto central de la investigación sino por el contrario dar lugar a nuevos interrogantes y rumbos de estudio para diferentes áreas del derecho– nos enfrenta con un texto monográfico, ordenado y completo cuya lectura nos acerca novedosas propuestas al mismo tiempo que acciona como disparador de interrogantes y caminos de investigación que seguramente serán explorados por la autora en los años por venir.

CRÓNICAS DE EVENTOS

Crónica de evento: XLI Curso De Derecho Internacional de la OEA “La solución de controversias en el Derecho Internacional”. El Cristo Redentor y sus pinceladas

Diego Enrique RÍOS SOLARES*

Por si habría sido suficiente haber servido de anfitrión de la mayor cita futbolística del mundial Brasil 2014, la Ciudad de Río de Janeiro acogió también en este año el XLI Curso de Derecho Internacional titulado “*La Solución de Controversias en el Derecho Internacional*” y si la primera estuvo plagada de astros deportivos, la segunda lo estuvo de brillantes eminencias jurídicas.

Una de las tantas maravillas que tiene la *Cidade Maravilhosa* de Río de Janeiro es que, por disposición legal, específicamente por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA tiene su sede en dicha ciudad y es en ésta misma que sesiona anualmente. Es por ello que resulta posible hacer coincidir la sesión de la OEA con el curso de Derecho Internacional, el cual dicho sea de paso, es organizado por el propio Comité y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ) de la OEA.

La edición número XLI del curso de Derecho Internacional se llevó a cabo del 4-22 de agosto del presente año y estuvo marcada, además de la diversidad cultural al haber más de 15 países representados, por diversas sorpresas, participación de ilustres juristas - tanto como panelistas como participantes- la discusión y análisis de temas de derecho internacional público, derechos humanos y por supuesto, derecho internacional privado (entre otros).

Si de sorpresas se trata, no hubo que esperar mucho para llevarse la primera, puesto que a diferencia de ediciones anteriores del curso, en el primer día fuimos lo suficientemente afortunados de ser recibidos por el propio Secretario General de la OEA, quien dio su respectiva disertación y ahondó, entre otros, en los retos, avances y logros que han sido posible gracias a la comunidad internacional y por supuesto, a la OEA.

Para los amantes del Derecho Internacional Público la primera semana fue simplemente insuperable, al contar con disertaciones, entre otros, del Presidente de la Corte Penal Internacional – Sang-Hyun Song-, dos jueces de la Corte Internacional de Justicia –

* Abogado y Notario guatemalteco, egresado de la Universidad Rafael Landívar, miembro del Centro para la Defensa de la Constitución - CEDECÓN - Asesor de TIGO Guatemala y entusiasta del Derecho Internacional.

Ronny Abraham y Antonio Augusto Cançado Trindade y por diversos representantes de la Organización de los Estados Americanos, entre otros.

La competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional no dejaba mucha duda que los temas a abordar serían polémicos y el Presidente Song con gran temple abordó los mismos con suficiente cautela y de forma captiva para los estudiantes. Especial mención se merece el hecho que abordó la evolución histórica del derecho penal internacional y la aparición e importancia en la actualidad de tribunales penales internacionales, así como también los mecanismos para activar la competencia de la Corte y las limitaciones que ésta adolece.

La Corte Internacional de Justicia se vio representada de una forma exquisita al juntar la gracia y carisma del gran Cançado Trindade con la personalidad y capacidad didáctica del Juez Ronny Abraham. El primero se encargó de transmitir al público la importancia del acceso a la justicia y la jurisdicción obligatoria y el segundo logró con todo e intérprete, puesto que se dirigió en todo momento en francés, transportarnos en el tiempo al momento del análisis de los casos “*México c. Estados Unidos, Belgica c. Senegal*” y “*Alemania c. Italia*”. La controversia no se hizo esperar al reiterar el Juez Abraham la postura adoptada por la Corte Internacional de Justicia en sus reiterados fallos en los que encontró en Cançado Trindade, votos razonados y disidentes.

Si la primera semana terminó con polémica, la segunda se encargó de seguir un ritmo similar al haber abordado temas tan apasionantes y complejos como la apatridia, el derecho de integración y derechos humanos. En esta semana contamos con la participación de exponentes de la OEA y representantes del ACNUR.

Como si de una especie de guerra fría se tratara, la tensión académica se sintió en el ambiente al abordar el tema de la apatridia por parte de los representantes del ACNUR Juan Carlos Murillo y Juan Ignacio Mondelli y becarios del curso de la OEA. Sobre la mesa estaba el tema que al día de hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha encargado de avivar más con su fallo más reciente sobre el tema de los apátridas en República Dominicana.

Y si después de la tempestad viene la calma, cabe destacar también la intervención de Jean-Michel Arrighi -Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA- quien enfatizó el carácter pionero de América respecto la institucionalización y capacidad de abordar y resolver conflictos a nivel americano por medio de foros y demás espacios de diálogo. Palpables se hicieron los principios de alcance internacional como el de no intervención y el de solución pacífica de controversias a nivel interamericano los cuales se reflejan en la propia Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Por último se sirvió el postre servido en salsa de Derecho Internacional Privado la cual contaba entre sus ingredientes, al arbitraje, la deuda soberana y el litigio civil internacional, entre otros.

De forma omnipresente, puesto que estuvo por cada esquina del salón, Diego Fernández Arroyo abordó de forma puntual y práctica las ventajas, desarrollo y crecimiento del arbitraje comercial. Asimismo contrastó y destacó la importancia e independencia que

tiene - y que debe de continuarse sembrando- el arbitraje comercial respecto la justicia impartida por los tribunales jurisdiccionales.

Caroline Kleiner, abordó probablemente uno de los temas más complejos del curso al referirse al arreglo de controversias surgidas por deuda soberana, problemática que al día de hoy sigue sirviendo de materia prima a economistas, abogados, políticos, etc.

De acuerdo a la expositora el tema de la deuda soberana es capaz de abarcar una gran diversidad de elementos y compases, los que resultan en la complejidad del mismo. Entre los distintos elementos que comprende el tema de la deuda soberana cabe destacar: las crisis financieras globales y nacionales, la mayor circulación de instrumentos de la deuda adquirida por Estados soberanos, la dificultad de ejecución de los mismos el cual se enfrenta al tema de la inmunidad jurisdiccional y por si lo anterior fuera poca cosa, la política.

La experiencia vivida en Río de Janeiro fue sumamente enriquecedora no sólo por los disertantes, sino por los propios alumnos los cuales todos se caracterizaban por gozar de un alto nivel académico lo que daba lugar a un proceso de aprendizaje interminable antes y después de clases.

Los temas abordados en el Curso fueron temas de actualidad que, además, se caracterizan por ser sumamente apasionantes, tanto así que si el tiempo lo permitiera aún seguiríamos con los pies descalzos en la playa discutiendo y analizando los mismos sin más paisaje que el que pinta el Cristo Redentor en las tardes de Río de Janeiro.