

HANS VAN LOON



EL HORIZONTE GLOBAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PRÓLOGO DE EDUARDO VÉSCOVI

TRADUCCIÓN DE JAVIER LAUREANO OCHOA MUÑOZ,
GONZALO SALAZAR, SAÚL BLANCO, GIANCARLO CARRAZZA,
KRIZIA CINCOTTI, MARIAN DE ABREU, SHADAY FORERO,
IVETTE FORTUNY, MARÍA ALEJANDRA GARCÍA,
RAFAEL GÓMEZ, RAFAEL GONZÁLEZ, DIANA IGLESIAS,
FREDDY MEDINA, HAROLD MIÑARRO, ANDREÍNA MUSSA,
CECILIA RIVERO, ANA SCHEPMANS Y EDGAR VIVAS.



ASADIP
ASOCIACIÓN AMERICANA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



Caracas, 2020

El horizonte global del Derecho Internacional Privado
Lección Inaugural,
Sesión de Derecho Internacional Privado,
2015
por
Hans VAN LOON

Hans VAN LOON

EL HORIZONTE GLOBAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Prólogo de Eduardo VÉSCOVI

Traducción de Javier Laureano OCHOA MUÑOZ,
Gonzalo SALAZAR, Saúl BLANCO, Giancarlo CARRAZZA,
Krizia CINCOTTI, Marian DE ABREU, Shaday FORERO,
Ivette FORTUNY, María Alejandra GARCÍA,
Rafael GÓMEZ, Rafael GONZÁLEZ, Diana IGLESIAS,
Freddy MEDINA, Harold MIÑARRO, Andreína MUSSA,
Cecilia RIVERO, Ana SCHEPMANS y Edgar VIVAS



Caracas, 2020

Traducción de la obra «*The Global Horizon of Private International Law*»,
Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya,
Vol. 380, 2016, pp. 9-108.

Traducción de Javier Laureano OCHOA MUÑOZ,
Gonzalo SALAZAR, Saúl BLANCO, Giancarlo CARRAZZA,
Krizia CINCOTTI, Marian DE ABREU, Shaday FORERO,
Ivette FORTUNY, María Alejandra GARCÍA,
Rafael GÓMEZ, Rafael GONZÁLEZ, Diana IGLESIAS,
Freddy MEDINA, Harold MIÑARRO, Andreína MUSSA,
Cecilia RIVERO, Ana SCHEPMANS Y Edgar VIVAS

Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)
Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.)

Diseño y diagramación: Reinaldo Acosta
Corrección: Elizabeth Haslam

Depósito Legal N.º DC2020000386
ISBN 978-980-7561-12-9

Correo: revista_venezolana@hotmail.com
Twitter e Instagram: @la_rvlj
www.rvlj.com.ve
Los Ruices, Caracas-Venezuela. Código Postal 1071
Teléfono: (0212) 234.29.53

Sumario

Nota del traductor	9
---------------------------	---

Prólogo	13
----------------	----

Lista de abreviaturas principales	17
--	----

CAPÍTULO I

El desarrollo del Derecho internacional privado frente a la decadencia del cambiante Estado-nación	19
---	----

<i>A. Orígenes y desarrollo temprano del Derecho internacional privado</i>	19
--	----

<i>B. Nacimiento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado</i>	22
--	----

<i>C. Establecimiento de la Conferencia de La Haya como una organización internacional: innovaciones tempranas</i>	25
--	----

<i>D. Globalización, sus efectos en el Estado-nación</i>	36
--	----

CAPÍTULO II

El impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado	43
--	----

<i>A. Perfil ascendente, proliferación de fuentes, nuevos enfoques</i>	43
--	----

<i>B. Comercio y negocios: la autonomía de las partes dentro de sus límites</i>	50
---	----

1. Autonomía de las partes y elección de foro, Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro	50
---	----

a. Definición de internacionalidad	52
b. Exclusividad, exclusión del <i>forum non conveniens</i> y litispendencia	53
c. Determinación de la validez del acuerdo de elección de foro	56
d. Protección de las partes débiles	57
e. El «Proyecto de La Haya sobre sentencias» en curso	58
2. Autonomía de las partes y la elección de la ley aplicable. Principios de La Haya de 2015 sobre la elección de ley aplicable	59
a. Definición de internacionalidad	61
b. Ninguna vinculación requerida	61
c. Derecho no estatal	62
d. Partes débiles, terceros e intereses públicos	64
e. Los Principios de La Haya: ¿un proyecto en curso?	65
C. <i>Las familias y los niños: cooperación institucional transnacional directa e interacción con los derechos humanos</i>	67
1. Cooperación institucional transnacional directa	69
2. Interacción con los derechos humanos	75
a. Convenio de 1980 sobre sustracción de menores	81
b. Convenio de 1996 sobre protección de niños	82
c. El Convenio de 2007 sobre cobro internacional de alimentos	85
d. Convención de 1993 sobre adopción internacional	85

CAPÍTULO III

Desafíos globales para el Derecho internacional privado en el horizonte 87

A. <i>Personas en movimiento</i>	88
1. Acuerdos transnacionales de gestación subrogada	88

a. Diversidad de leyes sustantivas, interacción con los derechos humanos	88
b. ¿Hacia un instrumento global de acuerdos transfronterizos de gestación subrogada?	92
2. Migración temporal	94
a. Migración y Derecho internacional privado	96
b. ¿Hacia un instrumento de gobernanza mundial sobre migración temporal?	97
<i>B. Medioambiente y cambio climático</i>	102
1. Medioambiente	102
a. Rol de los instrumentos y procedimientos de los derechos humanos globales y regionales	103
b. Litigación civil transnacional	106
c. El Derecho internacional privado como instrumento de políticas ambientales	108
d. Litigación transfronteriza sobre la responsabilidad medioambiental transnacional de las corporaciones	109
2. Cambio climático	126
3. ¿Hacia un instrumento global sobre los aspectos civiles de los daños ambientales transnacionales?	134
Algunas conclusiones generales	139

Nota del traductor

La difusión en español de esta extraordinaria obra es un aporte mayor al Derecho internacional privado de habla hispana.

Desde que leí por primera vez *The Global Horizon of Private International Law*, que recibí de mi admirado amigo Hans VAN LOON, la consideré una pieza icónica, la cual pasaría a ser lectura necesaria para profesores y estudiantes de esta disciplina. Resume las tendencias, las orientaciones y los valores del Derecho internacional privado desde sus inicios y hacia el porvenir, con un enfoque dirigido al bienestar global y a la protección de las personas más débiles. Ofrece una perspectiva privilegiada del trabajo, especialmente relevante, de la Conferencia de La Haya y otras organizaciones internacionales. Compartimos por completo la reflexión de VAN LOON: «En la sociedad global emergente, el Derecho internacional privado no debería obstaculizar la actividad económica y financiera transnacional productiva y eficiente, sino facilitarla y apoyarla, reducir los costos de las transacciones y mejorar la confianza de las partes en el Derecho. Al mismo tiempo, debe favorecer los mecanismos para corregir las deficiencias del mercado, y para la protección de las partes más débiles, los valores sociales importantes y los bienes comunes».

Han sucedido algunas cosas desde que se publicó el trabajo original en inglés. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha avanzado en las respuestas de ciertos interrogantes, el proyecto de sentencias de la Conferencia de La Haya es ya un Convenio, y algunos de los litigios citados, que estaban en desarrollo para entonces, han avanzado en su correspondiente proceso.

Pero todas las consideraciones del autor están tan vigentes como en el momento en que se publicaron por primera vez. Destaco, en particular, la siguiente: «La globalización trae consigo oportunidades, pero también riesgos para las personas, así como para la dignidad humana, el medioambiente e incluso para todo el planeta. Como resultado, nuevos retos para Derecho internacional privado aparecen en el horizonte».

Hoy esta disciplina se encuentra llamada a superar la especulación científica neutral, para insertarse en la gobernanza global y tratar de contribuir con el bienestar general. Sin lugar a dudas, la presente publicación es un aporte significativo en esa dirección. La hemos impulsado con la convicción de que su difusión ilustrará los nuevos desafíos en el mundo académico iusprivatista de nuestra lengua.

La traducción es el producto de un proyecto didáctico con mis estudiantes del Quinto año «B» de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas), período académico 2017-2018. El texto fue inicialmente traducido por ellos, bajo la coordinación de su compañero Gonzalo SALAZAR. Específicamente participaron en esa labor: Gonzalo SALAZAR, Saúl BLANCO, Giancarlo CARRAZZA, Krizia CINCOTTI, Marian DE ABREU, Shaday FORERO, Ivette FORTUNY, María Alejandra GARCÍA, Rafael GÓMEZ, Rafael GONZÁLEZ, Diana IGLESIAS, Freddy MEDINA, Harold MIÑARRO, Andreína MUSSA, Cecilia RIVERO, Ana SCHEPMANS y Edgar VIVAS.

A partir de ese primer borrador me correspondió hacer una esmerada revisión y una corrección pormenorizada; al punto que el texto final es prácticamente una nueva traducción. Pero ese proceso de revisión y corrección de la traducción inicial, fue lo que hizo posible un texto final, que agradó profundamente al autor de la obra, por la aproximación a sus ideas originales. Mis

alumnos de la UCAB hicieron un estupendo trabajo que me llena de orgullo y satisfacción. Ya todos ellos son jóvenes abogados, con un presente y un futuro especialmente promisorio, a quienes dedico lo que me corresponde de la presente edición.

Debo reconocer también la valiosa ayuda del profesor Luis Ernesto RODRÍGUEZ en la revisión de las versiones finales.

Resulta sumamente satisfactorio que la labor emprendida de esta manera, con mis apreciados alumnos y con la ayuda de mi colega, se vea coronada con el elogio del propio Hans VAN LOON:

Es una verdadera alegría leer el texto de mi conferencia en un español tan hermoso, ¡es una lectura aún mejor que el texto original en inglés!

Javier Laureano OCHOA MUÑOZ
Caracas, 10 de octubre de 2019

Prólogo

Es para mí un inmenso honor, personal e institucional –como Presidente de ASADIP– que se me haya confiado la tarea de presentar la publicación de la Lección Inaugural de Hans VAN LOON sobre «El horizonte global del Derecho internacional privado».

He tenido la oportunidad de leer –y releer– este magnífico trabajo, obra ecuménica que considero de mayúscula significación por lo que representa para la historia, la actualidad y el futuro del Derecho internacional privado, y también para todos nosotros los privatistas. Se concentran en ella una extraordinaria síntesis histórica, jalonada por una profunda riqueza conceptual, una muy certera descripción del estado actual de nuestra materia, y un preciso abordaje de los principales desafíos a los que se enfrenta la disciplina en el primer cuarto del siglo XXI.

El relato histórico va decantando magistralmente la relación entre las diferentes etapas de la humanidad a través de los siglos y su reflejo en el Derecho internacional privado y en sus tendencias, que, como no podía ser de otro modo, acompañan las directivas de cada época, todo a través de una explicación sencilla, de fácil y amena lectura, pero no exenta de aportes sustanciales.

La Lección capta al lector desde sus comienzos, pues se reflejan de inmediato en ella los conocimientos de su autor, el análisis agudo, la profusión de ideas, al mismo tiempo que la seguridad de que quien escribe ha transitado las sendas del Derecho internacional privado durante décadas, y ha conocido la evolución y el desarrollo de la materia desde los más diversos ángulos: creación y evolución legislativa –que analiza con una visión crítica

tan precisa como admirable—, desarrollos doctrinarios —con citas bien concernidas—, evolución y vaivenes jurisprudenciales —que ejemplifica con multiplicidad de casos— aportando información relevante desde todos ellos. Y, asimismo, abordando los temas desde los más diversos ámbitos: nivel nacional o autónomo, tratados internacionales, aporte de los diversos foros internacionales, etc.

Todo ese conocimiento acumulado y transmitido durante tantos años como destacado internacionalista, la sabiduría de quien conoció y analizó los problemas desde la teoría, pero también desde la realidad práctica y cotidiana, hacen de esta magnífica obra la representación de una visión consolidada y madura de todo el quehacer jurídico del Derecho internacional privado. Los complejos problemas que plantean ciertas aparentes disyuntivas históricas, como lo nacional frente a lo internacional, lo privado y lo público, lo sustancial y lo procesal, son abordados a través de un enfoque simple, claro, certero, moderno y superador, caracterizado por un amplio abanico de posibilidades, amalgama de diversas fuentes y propuestas originales y creativas.

El autor emplea un lenguaje claro y preciso, posee una extraordinaria capacidad de síntesis, y una habilidad poco frecuente para descubrir y destacar lo esencial de cada época o tema, explicando los problemas más trascendentes y su evolución, todo bajo una pluma tan sencilla como maestra, desembocando en la época actual, poniendo el énfasis, a través de una visión profundamente humanista, en los temas que, vinculados a nuestra materia, constituyen motivo de desvelo para todas las gentes: autonomía, partes fuertes y débiles jurídicos, situaciones de familia y menores —que el autor ubica entre los temas más complejos por ser más propenso a tradiciones fuertes—, problemas de los inmigrantes, del medioambiente y el cambio climático, todo ello bajo el paraguas de los derechos humanos.

VAN LOON, con su experiencia, realiza muy importantes aportes, calificados por su gran claridad conceptual, entre ellos se destaca la magnífica síntesis sobre lo que es y debe ser la función esencial del Derecho internacional privado en el mundo moderno: facilitación y apoyo de la actividad productiva y financiera internacional, para que esta alcance la eficiencia necesaria, reducción de costo de las transacciones, mejora de la confianza de las partes, pero, al mismo tiempo, el favorecimiento de los mecanismos para corregir las deficiencias del mercado, para la protección de las partes más débiles, y el cuidado y conservación de los valores sociales y los bienes comunes. Detrás de este notable aporte, está la esencia del pensamiento del autor, que refiere a temas fundamentales, pero que no se detiene en las técnicas o formas, sino que acude y se centra en lo sustancial, e implica un juicio de valor trascendente, profundamente humanista, que define perfectamente cual debe ser el norte de la disciplina.

En el mismo sentido, refiere y destaca la especialidad de los temas familiares, expresando con particular acierto que el Derecho internacional privado no debe bloquear, sino apoyar y facilitar las relaciones transfronterizas, incluyendo aspectos financieros y patrimoniales, tratando de evitar relaciones jurídicas claudicantes, pero reconociendo que en esta área el impacto de la cultura y las tradiciones es más fuerte que en el área económica. Sutil distinción sin duda, propia de un espíritu superior y profundamente internacionalista, conocedor del género humano y su diversidad, que advierte que el enfoque debe ser diferente según la temática que se aborde, que incluye además un sabio consejo de equilibrio entre la necesidad de regulación internacional y la realidad local fuertemente influida por las tradiciones culturales de cada nación. Lúcidamente, nos hace notar las infinitas posibilidades que nos aporta la globalización, pero a la vez nos previene contra los riesgos para las personas y su dignidad, para el medioambiente y para el planeta todo. Temas

delicados –y variados– como la responsabilidad transnacional medioambiental de las corporaciones, la gestación subrogada, o el choque de sistemas –*common law* y *civil law*– son abordados a través de trascendentes pronunciamientos jurisprudenciales y posiciones doctrinarias, de manera clara y objetiva, pero a la vez valiente y decidida, todo bajo un marcado perfil ético, en la búsqueda de una solución acorde.

Podríamos dar muchos más ejemplos de las profundas enseñanzas que nos deja este trabajo a través de sus páginas. No es un trabajo extenso, pero su intensidad conceptual es exuberante, sus descripciones y abordajes no tienen desperdicio, sus aportes son trascendentes y están en cada página, se nos presentan como destellos de luz, que clarifican nuestro entendimiento; y lo más trascendente, su profundo contenido ético y humano, que marca sin duda un antes y un después en la historia moderna del Derecho internacional privado.

Eduardo VÉSCOVI

Punta del Este, noviembre de 2019

Lista de abreviaturas principales

A&D: *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et Documents/Hague Conference on Private International Law, Proceedings*

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos

CIDIP: Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado

EE.UU.: Estados Unidos de América

NU: Naciones Unidas

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

UNECE: United Nations Economic Commission for Europe

El desarrollo del Derecho internacional privado frente a la decadencia del cambiante Estado-nación

A. Orígenes y desarrollo temprano del Derecho internacional privado

1. Los orígenes del Derecho internacional privado, tal como lo conocemos, pueden ser ubicados en la época del Renacimiento italiano¹. Aquellos fueron tiempos de rápida expansión del comercio y los negocios entre centros autónomos locales, en los que se desarrollaban actividades económicas, culturales y políticas. Mientras el Derecho romano era todavía el Derecho común, natural, las *ciudades-Estado* del norte de Italia (las *naciones-Estado* nacieron siglos después) desarrollaron sus propios sistemas de Derecho, los cuales, naturalmente, acarrearón divergencias. Sus ciudadanos se enfrentaban ahora a cuestiones nuevas y determinantes, tales como: ¿esta sucesión se regula por el Derecho de Boloña o Módena? El Derecho romano no podía aportar la respuesta, basado, como estaba, en la idea de un régimen hegemónico imperial². El *ius gentium*,

¹ H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, Tomo I, 7.^a ed., París, L.G.D.J., 1981, N.ºs 15, 23. Pero *cfr.* E. M. MEIJERS, «*L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale*», *Recueil des cours*, Vol. 49, 1936, pp. 543 y ss. (p. 592). R. DE NOVA, «*Historical and comparative introduction to conflict of laws*», *Recueil des cours*, Vol. 118, 1966, pp. 435 y ss.; R. GRAVESON, «*The Origins of the Conflict of Laws*», H. BERNSTEIN, U. DROBNIG, y H. KÖTZ (eds.), *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen, Mohr, 1981, pp. 93 y ss.; F. K. JUENGER, «*A Historical Overview*», *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2001, pp. 3 y ss.

² En este punto, la Antigua Grecia, con su multitud de *poleis* interactuantes, cada una con sus propias leyes, se parecía más al mundo de las ciudades-

como Derecho general, que también aplicaba a ciudadanos no romanos, había mezclado elementos de Derecho extranjero con *ius civile*, aplicable solo a los ciudadanos romanos, no estaba basado en un sistema de elección entre el romano y otros derechos.

2. Los doctrinarios jurídicos de la época, los estatutarios, encontraron la respuesta creando una nueva metodología que permitía hacer tal elección, de una manera basada en principios. Esta técnica se enfocó esencialmente en el alcance territorial supuestamente inherente a cada Derecho local, y en una distinción entre leyes *territoriales*, aplicables solo dentro de los límites del foro, y leyes *personales*, las cuales seguían a una persona de ciudad en ciudad, de modo que los extranjeros pudieran reclamar su aplicación incluso en el foro³. De esta manera, los estatutarios desarrollaron un (meta)sistema basado en el respeto mutuo de distintos *statuta*, lo que hizo posible –aunque a veces con dificultad– manejar la diversidad de leyes civiles sustantivas. Algo artificialmente quizás, veían este nuevo método como un mayor desarrollo del Derecho romano, natural. Y el Derecho natural era el Derecho *universal*. No hacía distinción alguna entre internacional y doméstico, o efectivamente, entre Derecho internacional público y privado.

3. Durante los siguientes siglos, sin embargo, esta visión holística del Derecho cambiaría. La idea del *Estado soberano* territorial nació (su nacimiento es usualmente asociado con la Paz de Westfalia de 1648). El Derecho natural fue extensamente reemplazado por

Estado del norte de Italia. M. GARDEÑES SANTIAGO, «El marco jurídico del tráfico comercial en la antigua Grecia: un intento de síntesis», *Faventia*, N.º 2, Barcelona, 2013, p. 268, con ref. (*adde*: C. PHILLIPSON, *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*, Vol. I, Londres, 1911).

³ La *distinction* sería de influencia duradera, pues esta «*mirror[s] effectively the two dominant competing ideas of international order existing at the time and still operating today*», A. MILLS, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, CUP, 2009, p. 33, véase pp. 224 y ss.

la ley voluntaria, la ley de la voluntad del soberano. El concepto de los estatutarios del alcance territorial de las leyes locales se tornó problemático: si la orden del soberano es suprema dentro de las fronteras territoriales del Estado, pero no más allá, ¿cómo pueden tener eficacia las leyes o decisiones judiciales extranjeras fuera de esas fronteras? Los doctrinarios holandeses del siglo XVII ubicaron la solución en el concepto de *comitas* (cortesía), el respeto mostrado por un soberano a las leyes y decisiones judiciales de otro. Pero esta visión tenía sus raíces en intereses propios y necesidades del comercio, no en un ordenamiento jurídico superior a la voluntad del soberano. A pesar de su carácter ambiguo —ni imperativo ni discrecional—, la cortesía encontró su camino dentro del mundo del *common law*⁴.

4. Con las revoluciones americana y francesa, el *Estado-nación*, una entidad tanto geopolítica como cultural, con sus propias lenguas, leyes y lealtades a esa entidad, vio la luz del día. El Derecho internacional privado se convirtió cada vez más parte del Derecho privado doméstico, y se desarrolló en un contexto nacional de jurisprudencia y legislación, aislado del Derecho internacional público. Los abogados internacional-privatistas tendieron a anclar su disciplina en su ordenamiento jurídico *nacional*, proyectando sus concepciones y valores en el plano internacional. Al contrario, los internacional-publicistas mostraron poco interés en cómo las relaciones privadas, la actividad económica privada y el ordenamiento jurídico privado de estas relaciones y actividades, afectaban los asuntos globales.

5. Sin embargo, la idea de que el Derecho internacional privado pertenecía a un ordenamiento jurídico transnacional más grande nunca desapareció completamente. VON SAVIGNY, el fundador del Derecho internacional privado europeo, rechazó la noción

⁴ H. E. YNTEMA, «*The Comity Doctrine*», *Michigan Law Review*, Vol. 65, 1966, pp. 9 y ss. y véase, *infra* N.º 121.

indefinida de la cortesía, como concepto no vinculante. En lugar de ello, combinó su compromiso con la noción de soberanía territorial –que lo llevó a su búsqueda de la ubicación (el famoso *Sitz*) de una relación jurídica, independiente de cualquier supuesta pretensión de aplicación de la ley (la perspectiva de los estatutarios)– con la idea de una *comunidad internacional* de Estados territoriales⁵. MANCINI, el *avvocato* italiano, doctrinario y hombre de Estado, rechazó también la cortesía, pensando igualmente en términos de una comunidad internacional de naciones⁶. Pero en contraste con la concepción de SAVIGNY, su teoría no estaba basada en un criterio territorial sino personal, la afiliación de una persona a su nación. La nacionalidad –no confundir con nacionalismo, una ideología lejos de su línea de pensamiento universalista– era la piedra angular de su teoría, la cual unía al Derecho internacional público y privado. En la visión de MANCINI, el reconocimiento mutuo de las leyes nacionales era una consecuencia natural del Derecho de las naciones.

B. Nacimiento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

6. Estas ideas, en particular la teoría de MANCINI, inspiraron el nacimiento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional

⁵ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, Veit, 1840-1851, par. 360 y ss. Traducción al inglés, *A Treatise on the conflict of laws*, traducido por W. GUTHRIE, Edinburgh etc., Clark, 1889, p. 140. Véase R. MICHAELS, «Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International law and the Challenge of Europeanization and Globalization», *Duke Law School Research paper*, 2005, http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5486&context=faculty_scholarship.

⁶ P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti: prelezione al corso de diritto internazionale e marittimo*, Turín, Eredi Botta, 1851. Véase JAYME, «Mancini heute: einige Betrachtungen», *Festschrift für K. Zweigert, op. cit.*, pp. 145 y ss.

Privado a finales del siglo XIX⁷. ASSER, el hombre que persuadió al Gobierno holandés de convocar la primera sesión de la Conferencia en 1893, fue una combinación excepcional de un visionario y un pragmático⁸. Junto con MANCINI, formó parte de un grupo de internacionalistas prominentes, quienes fundaron el *Institut de droit international*. Paso por paso, forjaron el camino para la idea de que los Estados-naciones soberanos se obligarían a sí mismos a aplicar las leyes de cada cual, a los ciudadanos de cada otro Estado, y a reconocer las sentencias de estos, con base en el respeto mutuo. Entre 1893 y 1904 cuatro conferencias diplomáticas –que reunieron a Estados europeos continentales, y, en 1904, también a Japón– fueron llevadas a cabo en La Haya, las cuales produjeron siete tratados multilaterales: dos sobre procedimiento civil internacional, y cinco sobre Derecho de familia internacional⁹. El tratado o convenio multilateral –un instrumento de Derecho internacional *público*– se convirtió así en el vehículo para la unificación del Derecho internacional

⁷ Un estímulo para los esfuerzos de La Haya vinieron también del trabajo de unificación exitoso de América Latina, en particular, el Tratado de Montevideo sobre Derecho internacional privado de 1889.

⁸ Véase A. EYFFINGER, *Dreaming the Ideal, Living the Attainable – T. M. C. Asser (1838-1913) Founder of the Hague Tradition*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2011; G. J. W. STEENHOFF, «Asser et la fondation de la Conférence de La Haye de droit international privé», *Revue critique de droit international privé*, Vol. 83, 1994, pp. 297 y ss.; *idem.*, «Avec patience et courage» *A history of the foundation of the Hague Conference on Private International law*, Ministry of Justice, The Hague, 1993. G. DE BAERE y A. MILLS, «T. M. C. Asser and Public and Private International Law: The Life and Legacy of ‘a Practical Legal Statesman’», *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 42, 2011, pp. 3 y ss.; y del autor «The Hague Conference on Private International Law: Asser’s vision and an evolving mission», *Netherlands Internationaal Privaatrecht*, Vol. 3, 2012, pp. 358 y ss.

⁹ Ver <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions> (El Convenio sobre Procedimiento Civil revise el Convenio anterior de 1896). Una quinta sesión, llevada a cabo en 1925, y una sexta en 1928, no llevaron a ningún instrumento vinculante nuevo, excepto por el Protocolo de 1931 de Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional para interpretar los Convenios de La Haya.

*privado*¹⁰. Estos primeros Convenios de La Haya, bajo la influencia de MANCINI, estuvieron esencialmente basados en el principio de la nacionalidad, no en el enfoque territorial de SAVIGNY. La continuidad de las relaciones a través de las fronteras y el reconocimiento mutuo se convirtieron en los principios fundadores para la «Unión» de Estados-naciones que ASSER tenía en mente, mucho antes de que se convirtieran en piedras angulares de la Unión Europea¹¹.

7. Sin embargo, mientras en algunos aspectos la *Belle Époque* con su paz regional, prosperidad económica, negocios en expansión y progreso tecnológico, fue una especie de precursora de la globalización moderna, también fue una época de creciente nacionalismo e imperialismo. Como resultado, la nacionalidad, el eje del sistema de tratados de la Conferencia de La Haya, se convirtió en su talón de Aquiles. Incluso antes del comienzo de la Primera Guerra Mundial, algunos Estados comenzaron a denunciar algunos Convenios. En el período entreguerras los tratados se desacreditaron más cuando el Convenio sobre Matrimonio de 1902 fue aplicado por tribunales para ejecutar normas alemanas sobre matrimonio impregnadas de antisemitismo. Los primeros Convenios de La Haya no contenían todavía una cláusula de orden público (*ordre public*), como válvula de escape que guiara a los tribunales a descartar la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una sentencia extranjera, cuando esto conlleve a un conflicto con los valores fundamentales del Estado foro. Como resultado, el esfuerzo de La Haya hacia la internacionalización del Derecho internacional privado prácticamente se

¹⁰ Véase, para una visión general histórica comprensiva, K. H. NADELMANN, «*Multilateral Conventions in the Conflicts Field: an Historical Sketch*», *Netherlands International Law Review*, Vol. 19, 1972, pp. 107 y ss.

¹¹ Véase H. LAUFER, *La libre circulation des jugements dans une union judiciaire: une idée géniale de T. M. C. Asser, visionnaire de la Convention de Bruxelles*, Bern, Lang, 1982.

detuvo. El Derecho internacional privado continuó su desarrollo, incluso en mayor medida, como parte del Derecho doméstico¹², pero restringido a sus límites y perdiendo mucha relevancia. La distancia entre el Derecho internacional *privado* y *público* –que de todos modos se había convertido en una disciplina débil– se incrementó aún más¹³.

C. Establecimiento de la Conferencia de La Haya como una organización internacional: innovaciones tempranas

8. Después de la Segunda Guerra Mundial un nuevo período comenzó. La guerra había conducido a la conciencia de que la cooperación internacional era esencial. Se crearon nuevas organizaciones intergubernamentales, primordialmente las Naciones Unidas, basadas en una reafirmación de la dignidad humana. La Conferencia de La Haya, resucitando de sus cenizas, fue fundada como una organización intergubernamental independiente, por quince países de Europa Occidental –esta vez con inclusión del Reino Unido– más Japón¹⁴. Su mandato fue formulado simplemente en la línea de «trabajar por la unificación progresiva del Derecho internacional privado», sin ninguna especificación sobre los valores, contexto, objetivos detallados o medios de este proceso de unificación¹⁵. Esto le dio a la Conferencia una libertad

¹² Como BARTIN estableció, «*Je veux rappeler que le droit international privé n'est pour moi que la forme juridique de l'idée de patrie dans les relations de Droit privé*», E. BARTIN, *Préface, Principes de droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, 1930.

¹³ Véase MILLS (2009), *op. cit.*, Cap. 2.

¹⁴ Un fuerte llamado para la reactivación de la Conferencia provino de GUTZWILLER, «*Das Internationalprivatrecht der Haager Konferenzen: Vergangenheit und Zukunft*», *Annuaire suisse de droit international*, Vol. 2, 1945, pp. 48 y ss.

¹⁵ Estatuto, art. 1. La «*unificación progresiva*» puede así interpretarse en un sentido plural: como un ejercicio progresivo de la codificación, es decir, no una codificación grandiosa, sino un proceso continuo de negociación tema por tema; incluyendo progresivamente un número cada vez mayor de Estados

estatutaria amplia para fijar su propio curso; también implicó que tenía que confiar mucho en sus propios recursos y su propia fuerza creativa¹⁶. Su Oficina Permanente fue instalada como un pequeño secretariado científico, con la tarea inicial y principal de facilitar el establecimiento gradual de tratados multilaterales, materia por materia, sobre la base de una investigación minuciosa, en un diálogo con organizaciones interesadas y agrupaciones profesionales, a partir de procesos de negociación muy estructurados, aunque flexibles¹⁷.

9. Desde la década de 1960 en adelante, cuando, además del Reino Unido e Irlanda, los Estados Unidos, Canadá, Australia y otros países de *common law* se unieron a la Conferencia de La Haya,

participantes; y, finalmente, de cara al futuro, aunque solo sea porque los tratados multilaterales no son fáciles de cambiar y es posible que tengan que operar durante largos períodos. Cfr. del autor «*Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*», J. ERAUW et al. (eds.), *Liber Memorialis François Laurent 1810-1887*, Bruselas, Story-Scientia, 1989, pp. 1133 y ss.

¹⁶ Los acuerdos celebrados con las Naciones Unidas y el Consejo de Europa (1958) y más tarde con el MERCOSUR (2010) han minimizado las posibles fricciones con estas organizaciones. La Comisión de Derecho Internacional, aunque no está impedida de ingresar en el campo del Derecho internacional privado, en la práctica se ha ocupado completamente de su tarea principal, el Derecho internacional público. Las posibles tensiones con UNCITRAL y UNIDROIT, así como con las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), se han evitado mediante reuniones periódicas de las secretarías respectivas y la cooperación en diversos proyectos. La relación con la Unión Europea, una vez que asumió competencias para legislar en el campo del Derecho internacional privado, se ha establecido de una manera diferente, es decir, incluyendo a la UE como miembro de la Conferencia (véase N.º 30 *infra*).

¹⁷ Con el crecimiento del número de convenios de La Haya, en particular, los basados en la cooperación jurídica y administrativa, y del número de Estados Partes en ellos, la misión de la Conferencia de La Haya se ha ampliado considerablemente y ahora incluye el control del funcionamiento práctico de sus instrumentos, así como el apoyo a los Estados en su implementación («servicios post-convenio»).

y se agregó el inglés al francés, como lengua oficial, colmar la brecha entre el *Derecho civil* (continental) y los sistemas de *common law*, se convirtió en una preocupación central de la Conferencia. Acomodar sus diversos enfoques –presupuestos básicos, conceptos, metodologías– respecto tanto al Derecho internacional sustantivo como al Derecho internacional privado, incluyendo el rol de los jueces, abogados y la obtención de pruebas en el procedimiento civil, Derecho de familia, contratos, responsabilidad extracontractual, Derecho de propiedad y sucesiones, entre otros, se convirtió en un desafío continuo. Y todavía lo es, aunque en algunas áreas, en particular en asuntos de jurisdicción judicial, se ha hecho evidente que la distancia entre los enfoques de los Estados Unidos de América y otros países del *common law*, puede ser no menos desafiante que la planteada entre los sistemas de Derecho civil y los de *common law* (cfr. *infra* N.º 47, 122-129).

10. Asimismo, la participación de Egipto e Israel en la Conferencia, seguida posteriormente por otros Estados al sur y al este del Mediterráneo, y más allá, impulsó a la Conferencia a construir puentes entre los sistemas jurídicos *basados en la religión* (*fe*)¹⁸ y los *sistemas seculares*. Alguna previsión debía hacerse para el hecho de que en dichos sistemas pueden aplicarse normas diferentes a categorías de personas diferentes, así como también para instituciones jurídicas específicas, como el repudio¹⁹ y, más recientemente, la *kafala* (cfr. *infra* N.º 73). El proceso de Malta, iniciado en 2004, es un esfuerzo a largo plazo para trabajar hacia

¹⁸ Cfr. I. KANT, *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*, Königsberg, Nicolovius, 1796, p. 64 (trad. al inglés, T. HUMPHREY, *To Perpetual Peace, A Philosophical Sketch*, Indianapolis etc., Hackett, 2003, p. 24: «*Differences in religion: an odd expression! Just if one spoke of different moralities. No doubt there can be different kinds of historical faiths, though these do not pertain to religion, but only to the history of the means used to promote it...*»).

¹⁹ Convenio de 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y de separaciones legales, art. 1 (1).

la resolución más efectiva entre estos diferentes sistemas de disputas parentales concernientes a los niños²⁰.

11. Adicionalmente, y en parte como apoyo al manejo de la diversidad jurídica, el período inicial de la Conferencia después de la Segunda Guerra Mundial, dio nacimiento a un número de *innovaciones* fundamentales, con un impacto duradero en el desarrollo del Derecho internacional privado. Estas incluyen las siguientes:

i. Introducción de la residencia habitual

12. Como vimos, la nacionalidad, el factor de conexión primordial de la primera generación de Convenios de La Haya, pronto perdió su brillo bajo la influencia de la perversión del nacionalismo; en cualquier caso, nunca atrajo a Estados del *common law*. Por otro lado, el uso rígido y, en algunos aspectos, artificial del domicilio en la tradición del *common Law*, no era aceptable para los países de Derecho civil. La noción (más) fáctica de la residencia habitual como principal factor de conexión, tanto para determinar la ley aplicable como la jurisdicción de los tribunales y otras autoridades en casos internacionales, podría acomodar ambos sistemas y tenía la ventaja adicional de cierta flexibilidad. Se introdujo por primera vez en los Convenios de La Haya sobre alimentos de 1956 y 1958²¹. A partir de ahí, la residencia habitual

²⁰ Cfr. W. DUNCAN, «Reflections on the Malta Process», *Permanent Bureau of the Hague Conference, A Commitment to Private International Law/Un engagement au service du droit international privé*, Cambridge, etc., Intersentia, 2013, pp. 135 y ss.

²¹ *Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants* (Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores) (art. 1); *Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores) (art. 3). La *nacionalidad*, aunque en una posición reducida, ha permanecido como un factor de conexión relevante en instrumentos modernos de La Haya y, como tal, puede apoyar la identidad (cultural) de una

comenzó su triunfo en el Derecho internacional privado en los instrumentos posteriores de la Conferencia de La Haya (*cf. infra* N.º 66), de otras organizaciones internacionales y regionales, y en la legislación y la jurisprudencia en todo el mundo.

ii. Preocupación por los resultados sustantivos

13. Un enfoque multilateral (o bilateral) basado en el mutuo respeto por la diversidad jurídica (en oposición a un enfoque unilateral favorable a la ley del foro) no excluye la búsqueda de normas orientadas a conseguir resultados sustantivos. En efecto, la elección de residencia habitual en vez de la nacionalidad como el factor de conexión determinante en los Convenios de La Haya sobre alimentos, deliberadamente, desempeñó un propósito *sustantivo*: la protección del niño²². Incluso, el Convenio de 1956 sobre ley aplicable fue un paso más allá, al darles a los niños una segunda oportunidad si no podían obtener manutención bajo la ley de su residencia habitual²³.

Otra técnica para lograr resultados sustantivos se aplicó en el Convenio de La Haya de 1961 sobre las formas testamentarias²⁴, que proporciona una amplia gama de leyes potencialmente aplicables, destinada a conservar la validez formal de los testamentos (*cf. infra* N.º 77). De modo similar, el Convenio de La Haya de 1970 sobre divorcio introdujo una gran variedad de factores

persona. El *domicilio* (pero ya no entendido como domicilio de dependencia o de origen) retiene su importancia en materia de jurisdicción judicial.

²² Véase L. I. DE WINTER, «*Rapport de la Commission Spéciale*», *Conférence de La Haye de droit international privé, Documents relatifs à la huitième session*, La Haya, 1957, p. 127.

²³ Art. 3. Esta idea fue más elaborada en las «cascadas» establecidas en los arts. 4-6 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias, y arts. 3-4 (2)-(4) del Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias.

²⁴ Convenio sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias.

considerados adecuados para conectar el divorcio con el Estado de su origen, facilitando así su reconocimiento. El Convenio de 1978 sobre matrimonio²⁵ abandonó incluso tales criterios, postulando que, para que un matrimonio sea reconocido, es suficiente que sea válidamente celebrado bajo la ley del Estado de celebración (*cfr. infra* N.º 76).

iii. Admisión de la autonomía de las partes

14. MANCINI no solo ha sido el adalid de la nacionalidad como principal factor de conexión en el Derecho internacional privado, especialmente en cuestiones de Derecho de familia, sino que también propugnaba que las partes deberían tener la libertad de determinar la ley aplicable a los términos y condiciones de sus acuerdos contractuales, una libertad que solo debía limitarse por razones de *ordre public*²⁶. Pero así como el creciente nacionalismo durante la primera mitad del siglo xx afectó el principio de la nacionalidad, también redujo el alcance de la libertad contractual, debido al progresivo énfasis en el Estado-Nación como fuente suprema de legislación. Después de la Segunda Guerra Mundial, bajo la influencia de una actitud más liberal, el Convenio de La Haya sobre ventas de carácter internacional de 1955²⁷ fue el primer instrumento internacional en disponer que la venta internacional se rige por la ley elegida por las partes. Los Convenios de La Haya de 1978 sobre contratos de intermediarios y de 1986 sobre compraventa internacional²⁸ confirmaron más el rol

²⁵ Convenio relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio.

²⁶ Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg, Winter, 2000.

²⁷ *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* (Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías).

²⁸ Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación; Convenio sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (no en vigor).

primordial de la autonomía de las partes en el ámbito comercial, el cual fue posteriormente ampliado a los contratos en general en la Convención de Roma de 1980 –subsecuentemente Reglamento EC 593/2008 Roma I– sobre el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, y en la Convención Interamericana de 1994 (México) sobre la ley aplicable a los contratos internacionales²⁹. Los Principios de La Haya de 2015 sobre elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales se basan en esos trabajos (véase, *infra* N.ºs 48-59).

El Convenio de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales³⁰ –seguido del Convenio de La Haya de 1989 sobre sucesiones³¹, el Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos³² y el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a obligaciones alimenticias– estableció el principio de la autonomía de las partes en el área del Derecho de familia (patrimonial), que luego encontró su camino en el Reglamento de la UE de 2012 sobre sucesiones³³ y el (proyecto de) Reglamento de la UE sobre regímenes patrimoniales matrimoniales³⁴. El Convenio de La Haya de 1985 sobre *trust*³⁵ introdujo la autonomía de

²⁹ Véase, en general, P. NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon, 1999.

³⁰ Convenio sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

³¹ Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (no en vigor).

³² Convenio sobre la protección internacional de adultos.

³³ Reglamento (UE) N.º 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa*.

³⁴ Proyecto de reglamento del consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales y en materia de consecuencias patrimoniales de las sociedades inscritas.

³⁵ Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento.

las partes en el Derecho de propiedad en general, seguido posteriormente por el Convenio de La Haya de 2006 sobre valores³⁶.

La libertad en la elección de la *ley* tiene su paralelo en la libertad en la elección de *foro*. Este principio fue establecido por primera vez en el Convenio de La Haya de 1958 sobre elección de foro en contratos de venta y fue confirmado en el Convenio de 1965 sobre elección de foro³⁷. Aunque ninguno de los instrumentos entró en vigor, sirvieron de inspiración para el Convenio de Bruselas de 1968 –luego Reglamento de la UE– sobre competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁸. El Convenio de La Haya de 2005 sobre elección de foro, el cual entró en vigor en 2015, se construyó sobre ese trabajo (*cf. infra* N.ºs 35-47).

iv. Introducción de una excepción de orden público restringida

15. Como vimos, la primera generación de Convenios de La Haya ingenuamente carecía de una válvula de seguridad que permitiera rechazar el Derecho extranjero aplicable, o el reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera, en el caso de un conflicto con las nociones fundamentales del foro. En reacción a ello, los primeros Convenios de La Haya negociados en la década de 1950, hicieron posible descartar sus estipulaciones simplemente «*pour un motif d'ordre public*»³⁹. Pero, de esa manera,

³⁶ Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario (no en vigor).

³⁷ *Convention sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels* (Convenio sobre la competencia del foro contractual en el supuesto de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales) (no en vigor); Convenio sobre elección de foro (no en vigor).

³⁸ Véase Rapport Jenard, *Official Journal European Communities* N.º C 59/2, pp. 36-38.

³⁹ P. ej., el Convenio de 1955 sobre ventas internacionales, art. 6, y el Convenio de 1958 sobre la competencia del foro contractual en el supuesto de venta de carácter internacional de objetos muebles corporales, art. 5 (4).

los jueces podrían sentirse tentados a no respetar el carácter internacional de la ley o de la sentencia extranjera, y a rechazar su aplicación o reconocimiento, incluso si han entrado en conflicto con disposiciones del foro cuya imperatividad solo está prevista para situaciones puramente internas. Para evitar esto se introdujo una cláusula, primero en el Convenio de La Haya de 1956 sobre manutención de niños, proveyendo que las disposiciones del tratado solo pueden descartarse si su aplicación, en una situación determinada, resulte *manifiestamente* contraria al orden público del foro⁴⁰.

Con pequeñas variaciones y algunas excepciones, esta fórmula se convirtió en la disposición estándar de los Convenios de La Haya subsiguientes, instrumentos de otras organizaciones, y legislaciones nacionales alrededor del mundo. Esta cláusula de orden público calificada ha tenido el efecto de fortalecer el método multilateral del Derecho internacional privado: confirmó su carácter abierto⁴¹ y su respeto por leyes y decisiones extranjeras, al tiempo que autoriza la validación de principios fundamentales por parte del foro, en casos realmente excepcionales, ante resultados conflictivos de las otras disposiciones del respectivo tratado. Mientras las nociones fundamentales de orden público global y regional permean crecientemente en sistemas jurídicos nacionales, la cláusula ahora permite también la validación de normas y valores fundamentales regionales y globales, en particular, los expresados en instrumentos de derechos humanos (*cfr. infra* N.ºs 55, 56 y 59).

En un desarrollo posterior, el Convenio de La Haya de 1978 sobre contratos de intermediarios y la representación introdujo un mecanismo que permitía la corrección del resultado de la aplicación de sus disposiciones, cuando los intereses vitales de un *tercer*

⁴⁰ Para el origen de la fórmula, véase DE WINTER, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

⁴¹ Véase J. BASEDOW, «*The law of open societies private ordering and public regulation of international relations*», *Recueil des cours*, Vol. 360, 2013.

Estado estuvieran en riesgo⁴². Esta idea, de forma modificada y extendida a normas de aplicación inmediata (*règles d'application immédiate*) del foro, encontró su camino hacia la Convención de Roma (después Reglamento) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁴³, instrumentos subsiguientes de La Haya y la UE, y codificaciones nacionales.

v. Establecimiento de canales directos de cooperación administrativa y judicial

16. La forma tradicional de cooperación entre los Estados en apoyo de los ciudadanos privados consistió en el uso de canales diplomáticos y consulares, como se ejemplifica en los Convenios de La Haya de 1896, 1905 y 1954 sobre procedimiento civil. Dado que este mecanismo es inadecuado para lidiar con un volumen creciente de solicitudes de notificación y obtención de pruebas en el extranjero, los Convenios de La Haya de 1965 sobre notificación y de 1970 sobre pruebas, introdujeron un sistema de comunicación y cooperación *directa* entre autoridades administrativas y judiciales⁴⁴. Esto trajo como resultado una mejora notable⁴⁵. Fue rápidamente tomada por otros legisladores internacionales (regionales) y nacionales, y desarrollada aún más en los Convenios de La Haya en el campo del Derecho de familia (*cf. infra* N.ºs 21 y 62-70). Y bien podría tener mayor potencial (*cf. infra* N.ºs 92-93, 98-104 y 147-150).

⁴² Art. 16, véase I. G. F. KARSTEN, *Explanatory Report*, esp. N.ºs 91-95 y 228-229, *Hague Conference on Private International Law*, A&D, Sesión XIII, Tomo IV, *Agency*, pp. 378 y ss.

⁴³ Véase Reporte Giuliano-Lagarde, *Official Journal European Communities* 1980, N.º C 282, p. 27.

⁴⁴ Convenio de La Haya de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial; Convenio de La Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.

⁴⁵ Véase G. A. L. DROZ, «Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 129 y ss.

En una directriz similar, disminuyendo la participación de funcionarios diplomáticos y consulares en materias concernientes a relaciones privadas, el Convenio de 1961 sobre la apostilla⁴⁶ fue elaborado para abolir el requerimiento de legalización de documentos públicos, tales como documentos relativos al estado civil y actos notariales. El Convenio, ahora reforzado por el Programa e-APP⁴⁷, reemplaza la cadena incómoda de legalizaciones por una simple formalidad, la adición de un certificado –apostilla– emitida por una autoridad competente.

17. Estas y otras innovaciones sentaron las bases para un progresivo desarrollo del Derecho internacional privado, esencialmente, siguiendo el principio de tratamiento igualitario entre legislación del foro y la extranjera no solo en la Conferencia de La Haya, sino también en otros contextos y organizaciones internacionales, como las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), MERCOSUR, el Consejo Europeo y la Unión Europea, y más allá, en legislación nacional y jurisprudencia alrededor del mundo. No obstante, hasta la última década del siglo xx el ritmo de este desarrollo fue modesto. En términos generales, la perspectiva de los abogados internacional-privatistas se mantuvo anclada al Estado-nación, en la periferia del Derecho privado doméstico, mientras que los abogados internacional-publicistas se enfocaron en las relaciones entre Estados, y en las relaciones entre Estados e individuos⁴⁸.

⁴⁶ Convenio de La Haya de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros.

⁴⁷ C. BERNASCONI, «*The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era*», J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, M. Pons, 2013, pp. 199 y ss.

⁴⁸ Excepciones notables a estos enfoques incluyen a G. SCELLE y P. JESSUP, aunque de diferentes maneras, ambos vieron el Derecho internacional privado y público como un *continuum*. La teoría de SCELLE de «*dédoublement*

D. Globalización, sus efectos en el Estado-nación

18. Ese panorama comenzó a cambiar con el inicio de la globalización moderna⁴⁹, a menudo asociada con la caída del muro de Berlín y la invención de la *www* (red global mundial)⁵⁰, ambas ocurridas en 1989. El levantamiento de la Cortina de Hierro abrió nuevas oportunidades para la comunicación, viajes, inversiones, producción y mercadeo, que no solo rebasaron la anterior barrera ideológica y política entre Europa Oriental y Europa Occidental, sino que alcanzaron a todas las regiones y continentes. La *www* revolucionó la interconexión profesional (*networking*) y el intercambio de información a escala global. Estos cambios aceleraron el desarrollo de las cadenas de producción y los mercados globales, incrementaron radicalmente la circulación global de personas, bienes, servicios y capitales, y permitieron el intercambio instantáneo de información a través de los medios masivos y el ciberespacio alrededor del mundo, lo que alteró nuestras visiones (como individuos, pero también como grupos, incluyendo a los Estados) del mundo, del Estado y de nosotros mismos⁵¹.

fonctionnel», según el cual los órganos estatales tienen un rol tanto en el Derecho nacional como en el internacional, sigue teniendo un interés de actualidad. Véase *infra* N.ºs 23 y 143, y A. CASSESE, «Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoulement fonctionnel*) in International Law», *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1990, pp. 210 y ss. En un estudio visionario escrito en 1956, P. JESSUP acuñó el término «Derecho transnacional» («transnational law»), «to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories», P. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 1. Seguiremos esa terminología en esta lección.

⁴⁹ El concepto es usado de una manera descriptiva (véase R. MICHAELS, *Globalization and Law: Law beyond the State*, http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2862, p. 2, distinguiendo entre globalización como «una realidad», «una ideología» y «una teoría»).

⁵⁰ T. BERNERS-LEE, *Information Management: A Proposal*, CERN, marzo-1989.

⁵¹ Véase R. WAI, «The cosmopolitanism of transnational economic law», C. M. BAILLIET y K. F. AAS (eds.), *Cosmopolitan justice and its discontents*, Oxford etc.,

19. La expansión del rango, intensidad, velocidad e impacto de las interacciones globales desdibuja los límites entre los asuntos locales y globales como nunca antes. Inevitablemente, esto afecta las funciones y poderes tradicionales del Estado-nación como una entidad que ejerce su soberanía sobre un determinado territorio. En efecto, la globalización tiene un impacto doble en el rol y la autoridad del Estado-nación, con efectos «ascendentes» y «descendentes»:

20. Por un lado, los Estados alrededor del mundo se ven forzados a intensificar su cooperación para lidiar con asuntos que ya no pueden resolver solos. Esto los lleva a transferir como nunca antes sus prerrogativas y funciones tradicionales de forma «ascendente» hacia organizaciones intergubernamentales globales y regionales, a veces con atribuciones de profundo alcance, como las del sistema de resolución de diferencias de la OMC, o incluso organizaciones supranacionales, como la Unión Europea⁵², cada vez más dirigidas a la regulación de los asuntos transnacionales generados por la actividad de particulares más, que por conductas interestatales⁵³. Mientras el resultado está lejos de algo como un gobierno mundial, y la UE no es un Estado federal, esto sí afecta e influye en el ejercicio tradicional de los poderes del Estado en la arena internacional.

21. En efecto, la gobernanza global ahora a menudo toma la forma de interacción directa transfronteriza entre autoridades gubernamentales en algunas áreas, incluso entre jueces. Estas interconexiones sirven para compartir información, promover

Routledge, 2011, p. 155, refiriéndose al «*process of consciousness formation*», el cual, en palabras de J. HABERMAS, «*Imperceptibly alters the self-image of nation-states and their citizens*», *The Divided West*, Oxford, Polity, 2006, p. 177 (traducción de *Der gespaltene Westen*, Frankfurt, Suhrkamp, 2004).

⁵² Sobre la europeización del Derecho internacional privado, véase *infra* N.º 30.

⁵³ WAI, *op. cit.*, p. 159.

la implementación de políticas comunes, y armonizar mejores prácticas; usualmente en una forma intermedia entre los tratados formales y las regulaciones domésticas⁵⁴. Tales interacciones podrían evolucionar hacia comunidades globales de oficiales interconectados. En el campo del Derecho internacional privado las redes cooperativas de Autoridades Centrales, conforme a varios de los convenios de La Haya, especialmente los convenios sobre niños, y la correspondiente Red Internacional de Jueces de La Haya, ofrecen ejemplos de tales comunidades (*cf. infra* N.ºs 62-70).

22. Por otro lado, y en un movimiento «descendiente», los poderes del Estado son transferidos a, o asumidos por, el sector privado. Nuevos actores privados como las agencias de calificación crediticia –Moody's, S&P's, y Fitch Ratings– están en control del negocio global de la calificación, o, como ICANN, operan nombres de dominio⁵⁵. Compañías transnacionales crean su propio ordenamiento privado, como los códigos de conducta transnacionales, o, en cooperación con asociaciones sindicales, acuerdos marco globales. Varias reglas de la Cámara de Comercio Internacional⁵⁶, contratos modelo ampliamente utilizados, *lex mercatoria* emparentada con el arbitraje comercial internacional, proveen una «base aparentemente estable sobre la cual la práctica transnacional (comercial) se desarrolla, a menudo sin, o al margen de, la legislación estatal»⁵⁷. De forma más generalizada, la actividad

⁵⁴ Véase A. M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton, PUP, 2004.

⁵⁵ Sobre los esfuerzos de ICANN de mejorar su rendición de cuentas pública, véase A. PELLET, «*Les transformations de la gouvernance mondiale*», Société française pour le droit international, *L'État dans la mondialisation – Colloque de Nancy*, París 2013, pp. 563 y ss.

⁵⁶ P. ej. *Incoterms*, las Costumbres y prácticas uniformes para los créditos documentarios, los Acuedos modelo de *joint venture* contractual, etc., *cf. R. GOODE., H. KRONKE, E. MCKENDRICK y J. WOOL, Transnational commercial law: text, cases and materials*, Oxford, etc., OUP, 2007, pp. 197-200.

⁵⁷ WAI, *op. cit.*, p. 157.

económica global se ha convertido críticamente dependiente de acuerdos privados⁵⁸.

23. Sería un error, sin embargo, concluir que la globalización hace obsoleto el rol del Estado-nación⁵⁹. La regulación *pública* transnacional, el Derecho internacional público y la política internacional permanecen crucialmente dependientes de los órganos y funcionarios del Estado. De hecho, las autoridades estatales y tribunales cada vez más cumplen un rol dual. Operan dentro del contexto «puramente» nacional –su rol tradicional– y actúan solo como órganos del Estado. Pero cuando toman parte en la formación del Derecho internacional, o interpretan y aplican instrumentos internacionales, como lo hacen cada vez más, en realidad también funcionan como agentes del ordenamiento jurídico internacional descentralizado (*dédoublement fonctionnel*)⁶⁰.

⁵⁸ Véase, en general, G. TEUBNER (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

⁵⁹ El escándalo de la FIFA de 2015, que trajo a la luz la corrupción endémica en esta ONG internacional, es una ilustración elocuente del impacto global que el Derecho estatal –y ni siquiera necesariamente a través de una extensión extraterritorial de su alcance– puede ejercer en asuntos globales (en este caso: el *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (RICO) Act de 1970). Véase, en general, sobre el rol del Estado en contra del declive de la globalización, Société française pour le droit international, *op. cit.*, con numerosas contribuciones. El actual debate sobre inmigración también reactiva el rol del Estado-nación: «*Economic globalization denationalizes national economies; in contrast, immigration is renationalizing politics*», S. SASSEN, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Nueva York, Columbia University Press, 1996, Cap. 3 «*Immigration tests the new order*», pp. 59 y ss. (p. 59); sobre migración véase *infra* N.ºs 94-104.

⁶⁰ Según G. SCELLE (véase *supra* N.º 17), «... *les agents dotés d'une compétence institutionnelle ou investis par un ordre juridique utilisent leur capacité 'fonctionnelle' telle qu'elle est organisée dans l'ordre juridique qui les a institués, mais pour assurer l'efficacité des normes d'un autre ordre juridique privé des organes nécessaires à cette réalisation, ou n'en posséd[ant] que d'insuffisants*», «*Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel*», *Rechtsfragen der Internationalen*

La enorme expansión del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho medioambiental, por ejemplo, depende en gran medida para su eficacia de la actividad de tribunales domésticos y autoridades administrativas, tal como se mostrará en los próximos capítulos.

24. La interfaz entre el Estado y el ordenamiento privado transnacional tiene sus propios desafíos. Por un lado, las leyes estatales tradicionales y, no menos, las reglas de Derecho internacional privado, a menudo obstaculizan los negocios y el comercio, así como también la actividad no comercial. Su reforma, su adaptación a la economía y a la sociedad globalizada, la cual se está llevando a cabo en un número creciente de países (*cf. infra* N.ºs 26-28), es un asunto de eminente importancia práctica. Por otro lado, los efectos de desbordamiento sobre el plano internacional de la liberalización y las políticas de desregularización perseguidas a nivel estatal⁶¹, así como la operación de actores económicos en un mercado global, sin un gobierno central encargado de corregir las distorsiones y abusos del mercado, y proteger el bienestar común, han creado una nueva «*geografía del poder*»⁶² y plantean serios problemas⁶³.

25. Tales asuntos constituyen una preocupación central de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, los «Principios Ruggie», acogidos por

Organisation—Festschrift H. Webber, Frankfurt A. M., Klostermann, 1956, pp. 324 y ss. (p. 331). *Cfr.* también *supra* N.º 17 y *infra* N.º 143.

⁶¹ Los gobiernos pueden perder el control sobre dichas políticas cuando son impuestas por el Fondo Monetario Internacional. Para un recuento crítico de algunas políticas del FMI, véase, J. E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, Londres, Penguin, 2002.

⁶² SASSEN, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁶³ Véase H. MUIR WATT, «*Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*», *Recueil des cours*, Vol. 307, 2004.

el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2011⁶⁴. Estos principios procuran construir un marco legal que comprenda (1) las normas globales de derechos humanos desarrolladas a través del sistema de las Naciones Unidas⁶⁵, (2) la actividad de las empresas comerciales y (3) el rol del Estado. Lo nuevo es que están apuntando no solo a los Estados, sino también a las compañías, y enfatizan que las empresas de negocios, «sin importar su tamaño, sector, ubicación, propiedad y estructura», «como órganos especializados de la sociedad llevando a cabo funciones especializadas», están «obligados (...) a respetar los derechos humanos». Pero estos principios no pretenden proclamar el estatus de sujetos de Derecho internacional para las empresas (transnacionales) o crear nuevas obligaciones⁶⁶. La responsabilidad primordial de proteger los derechos humanos, y proveer remedios en caso de violación, permanece en el Estado.

Sin embargo, como instrumento de *soft law*, la influencia de los Principios Rectores de las Naciones Unidas está creciendo. Estos

⁶⁴ http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf. Basados en *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John RUGGIE, UN Doc A/HRC/8/5, 2008. Iniciativas similares incluyen el Pacto Mundial de las NU, <https://www.un-globalcompact.org/what-is-gc>, y los Principios Rectores de la OCDE para las empresas multinacionales, 2011 ed., <http://www.oecd.org/corporate/mne/48004323.pdf>.

⁶⁵ P. ej., la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las dos Convenciones de las NU sobre los derechos civiles y políticos, y sobre los derechos económicos, sociales y culturales (1966), y los ocho principales Convenios de la OIT establecidos en la Declaración sobre principios y derechos fundamentales del trabajo (1998).

⁶⁶ En efecto, expresamente establecen que no pretenden crear nuevas reglas vinculantes, ni en la medida en que se refieran a compañías, ni en cuanto se refieran a Estados, a los cuales simplemente se les recuerda sus obligaciones conforme al Derecho internacional.

fomentan una preocupación más pronunciada y consistente por los derechos humanos entre las empresas de negocios, tanto compañías transnacionales⁶⁷, como aquellas que operan dentro de los confines de un Estado-nación y, al mismo tiempo, confirman claramente el rol crítico que todavía tienen los órganos y autoridades estatales en una economía globalizada. Nos referiremos a los Principios Rectores de las Naciones Unidas de nuevo en los próximos capítulos (*infra* N.ºs 59 y 115).

⁶⁷ La anterior Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las NU (ahora Comité Consultivo del Consejo de Derechos Humanos) definió «empresa transnacional» como «una entidad económica que realiza actividades en más de un país o un grupo de entidades económicas que realizan actividades en dos o más países, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte, tanto en su propio país como en el país de la actividad, y ya sea que se le considere individual o colectivamente» (Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003, par 20). Seguiremos esta amplia terminología de las NU, pero resaltamos que el término «empresa multinacional» es también usado en un sentido idéntico o similar.

El impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado

A. Perfil ascendente, proliferación de fuentes, nuevos enfoques

26. Este nuevo panorama donde las organizaciones globales y regionales, las redes transnacionales de funcionarios y jueces estatales, así como los actores privados involucrados en negocios transnacionales y otras actividades humanas, pasan a un primer plano, donde además el Derecho transnacional⁶⁸ informa a la legislación nacional y compite simultáneamente con esta, necesariamente tiene un profundo impacto en el desarrollo del Derecho internacional privado⁶⁹.

27. La globalización ya ha dado un gran impulso a la actividad de Derecho internacional privado de los legisladores, así como de los tribunales y los funcionarios de todo el mundo. Las últimas

⁶⁸ Sobre Derecho transnacional (*supra* N.º 17), véase también P. ZUMBANSEN, «*Transnational Law, evolving*», J. SMITS (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2.ª ed., Edward Elgar, Cheltenham etc., 2012, pp. 898 y ss., y véase R. WAI: «*Transnational frameworks challenge any traditional account based on an exclusive focus on traditional state-based sources of domestic and international law (...) Transnationalism recognizes that cross-border legal relations are not simply framed by traditional forms of domestic public law and public international law, but rather include substantial forms of private ordering (...) Likewise, transnational law anticipates a varied terrain of private and public actors engage in cooperation, but also in competition and contestation*», WAI, *op. cit.* p. 160.

⁶⁹ Véase R. WAI, «*Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization*», *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 40, 2002, pp. 209 y ss.

décadas han visto un «tremendo aumento en la actividad de codificación»⁷⁰ a nivel nacional, regional y mundial. El levantamiento de la Cortina de Hierro y la disolución de la Unión Soviética provocó una ola de codificación en Europa del Este y Asia, seguido por muchos otros Estados⁷¹. Varias de estas normativas nacionales de Derecho internacional privado reflejan la creciente interacción entre las fuentes nacionales, regionales y globales. Esto puede dar como resultado una estructura de múltiples capas de Derecho, con disposiciones derivadas de fuentes tanto nacionales como transnacionales, estas últimas a menudo incorporadas por simple referencia⁷².

Pero la influencia de las fuentes globales y regionales va más allá de su forma, y también se puede rastrear en su metodología y sus reglas. Los convenios de La Haya y los reglamentos de la UE han inspirado codificaciones en todo el mundo, desde la Ley de Derecho Internacional Privado de China de 2010⁷³ que,

⁷⁰ S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford etc., OUP, 2014, p. 345.

⁷¹ Para una lista cronológica, alfabética y bibliografía, véase SYMEONIDES, *op. cit.*, pp. 5 y ss., y Apéndice.

⁷² El prototipo de dicha normativa es el Código Federal suizo sobre Derecho internacional privado, que en muchas de sus disposiciones se refiere (principalmente) a los Convenios de La Haya sobre Derecho internacional privado. El Libro 10 del Código Civil holandés es quizás el ejemplo más claro de una amalgama de disposiciones de origen nacional, europeo y mundial (La Haya). Véase, asimismo, en relación con una posible reforma de la Ley italiana de 1995 sobre el Derecho internacional privado, el artículo del autor, «*The transnational context: impact of the global Hague and regional European instruments*», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 51, 2015, pp. 743 y ss.

⁷³ Ley de la República Popular de China sobre las Leyes Aplicables a las Relaciones Civiles con Elementos de Extranjería, texto y traducción al inglés en J. BASEDOW y K. B. PISSLER, *Private International Law in Mainland China, Taiwán y Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 439 y ss.; Q. ÉL, «*Recent Developments of New Chinese Private International Law With Regard to Contracts*», *ibid.*, pp. 157 y ss.

entre otras innovaciones, ha dado un paso audaz al reemplazar la nacionalidad por la residencia habitual como principal factor de conexión⁷⁴, hasta la reciente Ley sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, que en su preámbulo se refiere expresamente a los convenios de La Haya como fuente de inspiración, a pesar de que el país no es (todavía) miembro de la Conferencia de La Haya.

28. De forma más generalizada, existe una gran cantidad de «emulación, préstamo y trasplante»⁷⁵, así como convergencia, especialmente en el campo de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a la responsabilidad extracontractual. Las nuevas codificaciones normalmente evitan disposiciones amplias y rígidas, y proporcionan soluciones flexibles y matizadas, utilizando una pluralidad de técnicas⁷⁶. Siguen siendo fieles al principio de igualdad entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero —a menudo se preocupan por la idoneidad de los resultados sustantivos de la aplicación de las normas cuando se trata de partes débiles— y, por lo tanto, al enfoque multilateral característico de los convenios de La Haya, al tiempo que procuran atender los intereses relevantes del foro, a través de disposiciones unilaterales y normas de aplicación inmediata⁷⁷. Sin embargo, en el campo del Derecho

⁷⁴ J. HUANG, «*New perspectives on Private International Law in the People's Republic of China*», *ibid.*, W. CHEN, «*Selected Problems of General Provisions in Private International Law: The PRC Perspective*», *ibid.*, pp. 51 y ss.

⁷⁵ SYMEONIDES, *op. cit.* p. 346, refiriéndose en particular a la influencia de las «codificaciones sofisticadas de Europa occidental y la Convención de Roma [sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales] a las codificaciones de Europa oriental y Asia».

⁷⁶ Véase J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «*Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*», *Recueil des cours*, Vol. 287, 2002, pp. 9 y ss.

⁷⁷ SYMEONIDES, *op. cit.* pp. 347-351; H. GAUDEMET-TALLON, «*Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc en ciel)*», *Coursebook*, Vol. 312, pp. 9 y ss.

de familia, más propenso a tradiciones fuertes, persisten diferencias importantes⁷⁸. Y esto también aplica, generalmente, para las normas nacionales sobre jurisdicción y eficacia de decisiones extranjeras, a menudo vinculadas con intereses nacionales.

29. A nivel regional, en las Américas, la Organización de los Estados Americanos, a través de su proceso de CIDIP, que comenzó en 1975, ha producido hasta ahora veinte convenciones interamericanas y varios instrumentos adicionales sobre Derecho internacional privado. En América Latina, el trabajo legislativo del MERCOSUR en el campo del comercio y los negocios desde 1991, también se ha extendido al terreno del Derecho internacional privado. Los convenios de La Haya han servido como modelos para ambos, CIDIP y MERCOSUR⁷⁹.

30. Sobre todo, la Unión Europea, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en 1999, ha adoptado una amplia gama de instrumentos, que se aplican directamente en sus Estados miembros⁸⁰. La «europeización» del Derecho internacional privado ha

⁷⁸ De ahí la importancia de iniciativas de «construcción de puentes» como el Proceso de Malta, véase *supra* N.º 10.

⁷⁹ P. ej., la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 1975, complementada por su Protocolo Adicional de 1979, inspirado en el Convenio de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial y el Convenio de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial; la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, influenciada por el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; el Protocolo de 1992 de las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (Capítulos II y IV), una vez más, inspirado en el Convenio de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial y el Convenio de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.

⁸⁰ Véase A. BORRÁS, «*Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*», *Recueil des cours*, Vol. 317, pp. 313 y ss.; X. KRAMER *et al.*, *A European Framework for private international law:*

podido basarse en el trabajo de la Conferencia de La Haya, que no solo había allanado el camino para la unificación del Derecho internacional privado en Europa durante el siglo pasado, sino que sus convenios también ofrecieron modelos para la actividad legislativa europea⁸¹. Al mismo tiempo, la aparición de la UE como un nuevo actor en el Derecho internacional privado, brindó un impulso adicional a la globalización de la membresía de la Conferencia y al alcance de su trabajo, y condujo a la Conferencia a cambiar su estatuto para permitir que la UE se uniera a la organización como miembro⁸².

31. El número de miembros de la Conferencia se ha incrementado de alrededor de 35 en 1990, a 47 en 2000 y a 80 en 2015. Podía decirse hace algunas décadas que la Conferencia tenía la apariencia de un club de países mayormente industrializados.

current gaps and future perspective, EP Parliament Study, 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219att58300/20121219att58300en.pdf>.

⁸¹ La «europeización» del Derecho internacional privado plantea interrogantes sobre el nivel adecuado o preferible de acción legislativa en relación con el nivel nacional –principios de subsidiariedad y proporcionalidad, Tratado de la Unión Europea art. 5 (3) y Protocolo N.º 2–, pero también con el nivel global (subsidiariedad «inversa» o «invertida»). *Cfr.*, en este último aspecto, «*Remarks on the needs and methods for governance in the field of private international law – at the global and regional levels*», F. CAFAGI y H. MUIR WATT (eds.) *Making European Private International law*, Cheltenham etc., E. Elgar, 2008, pp. 197 y ss.; P. BEAUMONT, «*International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity*», *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 73, 2009, pp. 509 y ss.

⁸² Véase A. V. STRUYCKEN, «*Coordination and Cooperation in Respectful Disagreement*», *Recueil des cours*, Vol. 311, 2004, especialmente, el Capítulo IV; H. VAN LOON y A. SCHULZ, «*The European Community and the Hague Conference on Private International Law*», B. MARTENCZUK y S. VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty and Security*, Brussels, VUBPRESS, 2008, pp. 257 y ss.; J. PIRRUNG, «*A special Relationship: the EU and the Hague Conference*», P. CARDONNEL, A. ROSAS y N. WAHL, (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system*, 2012, pp. 77 y ss.

Esa imagen ya no es cierta. Particularmente, si uno incluye a los Estados no miembros que se han unido a uno o más convenios de La Haya, el número total de Estados conectados con la Conferencia de La Haya alcanza casi 150. Esto también significa que las negociaciones deben ser más inclusivas y receptivas respecto a las necesidades de un número creciente de países en desarrollo⁸³. Dado que los convenios de La Haya más solicitados son los que establecen o incluyen formas de cooperación judicial y administrativa directa⁸⁴, su implementación presenta especiales desafíos para dichos países, y ha generado una amplia gama de actividades de apoyo por parte de la Conferencia⁸⁵.

⁸³ Como se muestra, p. ej., con la génesis del Convenio de La Haya sobre adopción (*infra* N.ºs 68-70 y 83) y el Convenio de 2007 sobre cobro de alimentos (*infra* N.º 67). La Conferencia como institución ha mejorado la inclusión de sus métodos de trabajo al pasar de votar, a operar por consenso (formalizado a través de una enmienda de su Estatuto en 2005), y su receptividad a las necesidades de su creciente membresía al establecer oficinas regionales para América Latina, en Buenos Aires (2005) y para la región Asia-Pacífico, en Hong Kong (2012). *Cfr.* en general, sobre «Derecho responsivo» (*responsive law*), P. NONET y P. SELZNICK, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 2.ª ed., New Brunswick etc., Transaction Publishers, 2007.

⁸⁴ Los convenios de «redes» más ampliamente ratificadas incluyen el Convenio de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, Convenio de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, Convenio de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y Convenio de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, véase <http://www.hcch.net>.

⁸⁵ Los convenios sobre protección de los niños transfronteriza en particular requieren una infraestructura socio-jurídica funcional. La Conferencia ha desarrollado diversas estrategias en cooperación con otras organizaciones internacionales, como UNICEF, para garantizar el funcionamiento adecuado de estos instrumentos de red. Las oficinas regionales de la Conferencia, en Buenos Aires para América Latina (desde 2005) y en Hong Kong para la región de Asia y el Pacífico (desde 2012), también respaldan la eficacia del trabajo de la Conferencia en estas regiones. Véase F. POCAR y H. VAN LOON, «*The 120th anniversary of the Hague Conference on Private International Law*», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 50, 2014, pp. 517 y ss.

32. La globalización no solo ha fomentado la proliferación del Derecho internacional privado a nivel nacional, regional y mundial, sino que también ha impactado en sus perspectivas y métodos generales. En un contexto en que el Estado-nación ya no es su único espacio de anclaje, el Derecho internacional privado debe trascender sus límites tradicionales y adaptar sus metodologías, preservando su integridad, mientras se orienta a sí mismo hacia la idea de una comunidad global emergente. Esto hace eco de los tiempos de los estatutarios y, nuevamente, de SAVIGNY, MANCINI y ASSER, que también pensaban en términos de una comunidad transnacional más grande. Esta vez, sin embargo, la idea incluye a la comunidad *global*, el *todo* de la humanidad⁸⁶.

33. En la sociedad global emergente, el Derecho internacional privado no debería obstaculizar la actividad económica y financiera transnacional productiva y eficiente, sino facilitarla y apoyarla, reducir los costos de las transacciones y mejorar la confianza de las partes en el Derecho⁸⁷. Al mismo tiempo, debe favorecer los mecanismos para corregir las deficiencias del mercado, y para la protección de las partes más débiles, los valores sociales importantes y los bienes comunes.

Asimismo, en el campo del Derecho de personas y de familia, el Derecho internacional privado no debería bloquear, sino facilitar y apoyar las relaciones transfronterizas, incluyendo aspectos financieros y patrimoniales, y ayudar a evitar relaciones jurídicas

⁸⁶ Al igual que en el Derecho internacional público, véase PELLET, *op. cit.*; M. DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs?* París, Seuil, 2011.

⁸⁷ En términos más generales, «*rules of law, however theoretically appealing, however rooted in legal concepts and tradition and however elegantly expressed, are of little value if, instead of promoting the achievement of legitimate business objectives, they stand in their way*», R. GOODE, «*The UNIDROIT Draft Mobile Equipment Convention, Confluence of Legal Concepts and Philosophies*», *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, París, Société de législation comparée, 1999, pp. 69 y ss., p. 82.

claudicantes; reconociendo que generalmente el impacto de la cultura y las tradiciones es más significativo en esta área, que en la esfera económica.

34. Durante las últimas décadas, la Conferencia de La Haya se convertido en una plataforma en evolución para la elaboración de nuevos métodos que hagan frente a los desafíos de la globalización, tanto en la esfera del comercio, por un lado, como en la esfera de las personas y la familia, por el otro. Respecto de lo primero, este desarrollo puede ejemplificarse con el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro y con los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales; y respecto de lo segundo, puede ilustrarse con la más reciente generación de los convenios de La Haya sobre niños.

B. Comercio y negocios: la autonomía de las partes dentro de sus límites

1. AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y ELECCIÓN DE FORO, CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

35. En contraste con la ampliamente ratificada Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, la cual garantiza la eficacia transfronteriza de los laudos arbitrales, hasta hace poco no se disponía de un equivalente global para las sentencias ordinarias de tribunales civiles, fundamentado en los acuerdos de elección de foro. Esto, evidentemente dio una ventaja al arbitraje comercial internacional sobre los procedimientos de los tribunales civiles. El Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, el cual entró en vigencia en el plano internacional entre la UE⁸⁸ y México el

⁸⁸ De este modo, vincula a todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca.

1.º de octubre de 2015, tiene como objetivo nivelar el terreno entre estos dos modos de resolución de controversias. De este modo, el tratado ampliará las opciones de los operadores privados para la resolución de sus controversias⁸⁹, facilitará la efectiva planificación de sus relaciones comerciales, así como también aprovechará al bien común.

Por supuesto, hay diferencias importantes entre el arbitraje y los procedimientos judiciales civiles. En el arbitraje, el principio de que las partes pueden elegir por un contrato un modo privado de resolución de controversias está bien establecido⁹⁰, y la principal preocupación de la Convención de Nueva York es brindar eficacia transnacional al laudo arbitral, a través del sistema judicial. Por el contrario, los temores sobre la soberanía tienden a ser más prominentes en los procedimientos judiciales civiles. Se hizo necesaria la presión de la globalización de principios del siglo XXI para superar finalmente estas preocupaciones de soberanía y llegar a un consenso mundial sobre un instrumento que garantice la elección del foro y la eficacia de la sentencia dictada por el tribunal elegido.

36. Las particularidades de los procesos judiciales civiles explican la estructura del Convenio. Además de sus normas sobre reconocimiento y ejecución, contiene disposiciones sobre la jurisdicción,

⁸⁹ Véase L. E. TEITZ, «*The Hague Choice of Court Convention: Validating Party Autonomy and Providing an Alternative to Arbitration*», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, 2005, pp. 543 y ss. Las partes, por supuesto, también pueden recurrir a métodos RAC como la conciliación y mediación, para lo cual hay un interés creciente alrededor del mundo, véase, T. J. STIPANOWICH, «*The International Evolution of Mediation: A Call for Dialogue and Deliberation*», 46 *Victoria U. Wellington L. Rev.*, 2015, pp. 1191 y ss.

⁹⁰ Bajo el art. II de la Convención de Nueva York, el tribunal judicial ante el que se haya demandado un asunto respecto del cual las partes hayan acordado el arbitraje, debe en principio referir a las partes al arbitraje.

tanto del foro elegido como de otros foros potencialmente competentes. De ahí las tres reglas básicas del Convenio:

- i. Si el acuerdo de elección de foro es válido, el tribunal elegido debe, en principio, aceptar su jurisdicción;
- ii. si una parte, no obstante, se dirige al tribunal de otra jurisdicción, entonces ese tribunal debe, en principio, suspender o desestimar el procedimiento, y
- iii. la sentencia dictada por el tribunal elegido debe, en principio, ser reconocida y ejecutada por todos los Estados contratantes.

A la luz del desarrollo de los litigios comerciales en una economía mundial en continua globalización, cabe destacar varias características novedosas del Convenio:

a. Definición de internacionalidad

37. Tradicionalmente, los instrumentos internacionales de carácter privado requieren de la existencia de un elemento extranjero para su aplicación; p. ej., solo aplican «entre partes cuyos establecimientos comerciales se encuentren en Estados diferentes»⁹¹. Esto refleja una perspectiva *desde adentro del Estado-nación* que ve lo internacional como excepcional, y lo doméstico como la situación regular. El Convenio asume la perspectiva opuesta. También se aplica «en casos internacionales», pero, a los efectos de sus disposiciones sobre jurisdicción, «una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre estas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén

⁹¹ Art. 1 (a) del Convenio de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, véase también, art. 1 (b).

conectados únicamente con ese Estado»⁹². Entonces, el paradigma cambia: la dimensión *transnacional*, en vez de ser vista como una excepción, se convierte en el escenario de normal aplicación del instrumento, y el caso puramente interno se concibe como una excepción.

b. Exclusividad, exclusión del *forum non conveniens* y litispendencia

38. Al insertarse una cláusula de elección de foro en un contrato comercial, las partes usualmente desean que esa elección sea exclusiva, y querrán que el foro elegido acepte su jurisdicción⁹³. Pero, en la práctica actual, dichas expectativas pueden verse frustradas. Los tribunales pueden encontrar que la cláusula tiene, en efecto, carácter no exclusivo, o pueden descartarla aplicando la doctrina del *forum non conveniens* o la regla de la *lis (alibi) pendens*⁹⁴. Tal interferencia con las expectativas de las partes es, salvo en circunstancias excepcionales, inadecuada para una economía eficiente y sin fronteras. El Convenio proporciona una solución para ambas situaciones:

⁹² Art. 1 (2). Al respecto del reconocimiento y su aplicación, «una situación es internacional cuando se solicite el reconocimiento o la ejecución de una resolución extranjera», art. 1 (c). Los arts. 19 (sobre jurisdicción limitante) y 20 (sobre reconocimiento y aplicación limitante) permiten reservas restringiendo el efecto de estas amplias definiciones. Hasta ahora, ninguna parte del Convenio ha hecho alguna de estas reservas.

⁹³ Art. 22 ofrece a los Estados contratantes la posibilidad de declarar que también reconocerán y ejecutarán acuerdos no exclusivos de elección de foro. Véase *Explanatory Report by T. Hartley y M. Dogauchi*, Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, A&D, Sesión xx, Tomo III, *Choice of Court*, pp. 784 y ss., N.ºs 240 y ss. Acerca de los acuerdos no exclusivos de elección de foro, ver también M. KEYES y B. A. MARSHALL, «*Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical*», *Journal of Private International Law*, Vol. 11, 2015, pp. 345 y ss.

⁹⁴ Véase C. McLACHLAN, «*Lis pendens in International Litigation*», *Recueil des cours*, Vol. 336, 2008.

39. Primero, se estipula que el acuerdo de elección de foro «se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario»⁹⁵. Esta norma revierte la presunción consagrada en algunas jurisdicciones, especialmente en la mayoría de los tribunales de Estados Unidos, de que la cláusula es «permisiva» en vez de exclusiva, salvo que sea expresamente indicado⁹⁶.

40. Segundo, el tribunal elegido «no declinará el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio»⁹⁷. Y, como contraparte, cualquier otro tribunal, en principio, «suspenderá o inadmitirá procedimientos a los que aplique un acuerdo de elección de tribunal exclusivo...»⁹⁸.

41. Bajo la doctrina del *forum non conveniens*, principalmente aplicada en países de *common law*, un tribunal que tenga jurisdicción tiene la facultad de suspender o desestimar el procedimiento si considera que otro tribunal sería más apropiado para conocer el caso. Pero ello se torna problemático cuando una parte, en desafío de la palabra empeñada, procura plantear el caso ante tribunales de un foro diferente al acordado⁹⁹.

42. Lo mismo sucede en las jurisdicciones de *Derecho civil* cuando una parte demanda ante tribunales que no son los acordados. La regla de la *lis pendens*, que se aplica principalmente en los países de Derecho continental, requiere que un tribunal suspenda o rechace los procedimientos si se han planteado primero en otro tribunal. La inutilidad de esta regla, en los casos en que las partes han celebrado un acuerdo de elección de foro, se hizo evidente

⁹⁵ Art. 3 (b).

⁹⁶ HARTLEY y DOGAUCHI, *op. cit.*, N.º 102. R. A. BRAND y P. M. HERRUP, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Cambridge etc., CUP, 2008, p. 17.

⁹⁷ Art. 5 (2).

⁹⁸ HARTLEY y DOGAUCHI, *op. cit.*, N.ºs 127 y ss.

⁹⁹ Acerca del *forum non conveniens*, véase también *infra* N.ºs 125-129 y 149.

como resultado de la sentencia del caso *Gasser vs. MISAT* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁰⁰. En dicho caso, el TJUE dio preferencia al tribunal italiano, el primero que conoció la demanda incoada por la parte italiana, en lugar del tribunal austriaco elegido por las partes. La decisión fue ampliamente criticada porque abrió las puertas a tácticas dilatorias («disparando el torpedo italiano») y, en un nivel más profundo, porque dio prioridad a la regulación pública de la jurisdicción, basada en criterios objetivos del Reglamento de Bruselas I, haciéndolos prevalecer sobre el acuerdo de las partes y las necesidades del comercio¹⁰¹.

A diferencia de *Gasser*, el Convenio firmemente otorga prioridad a la elección de las partes. Solo si el tribunal elegido decide no conocer el caso, el otro puede asumir la jurisdicción¹⁰². Ello también elimina la posibilidad de aplicar cualquier criterio exorbitante sobre el cual pudiera haber basado su jurisdicción otro tribunal; p. ej., la citación personal de un demandado no residente durante su presencia temporal en el Estado del foro (*tag jurisdiction* o *locus citacionis*), o la existencia de propiedades pertenecientes al demandado dentro de dicho Estado.

43. El reforzamiento de la autonomía de las partes por el Convenio ya ha inspirado reformas a niveles nacionales y regionales. El Reglamento Bruselas I (refundido), el cual aplica a partir del 10 de enero de 2015, establece que se debe dar prioridad al tribunal del Estado miembro de la UE elegido por las partes, incluso si ese tribunal es el segundo en el que se demande¹⁰³. Por tanto, esto

¹⁰⁰ TJUE, 9 de diciembre del 2003, *Erich Gasser GmbH vs. MISAT Srl.*, Caso C-116/02.

¹⁰¹ P. ej., H. MUIR WATT, *Revue critique de droit international privé*, 2004, pp. 444 y ss.; R. FENTIMAN, *Common Market Law Review*, Vol. 41, 2005, pp. 241 y ss.; McLACHLAN, *op. cit.*, cap. 2.

¹⁰² Art. 6 (e).

¹⁰³ Reglamento (UE) N.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, sobre jurisdicción y el reconocimiento y ejecución

revierte el criterio *Gasser* y establece un régimen similar al del Convenio sobre acuerdos de elección de foro. Del mismo modo, el nuevo Código Civil y Comercial argentino, que entró en vigencia en agosto de 2015, confirma el carácter exclusivo de la cláusula de elección de foro, así como la libertad de las partes para celebrar un acuerdo de elección de foro¹⁰⁴. Igualmente, el nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño, que entró en vigencia en marzo de 2016, consolida la autonomía de las partes en materia de elección de foro¹⁰⁵.

c. Determinación de la validez del acuerdo de elección de foro

44. El Convenio introduce otra innovación al establecer que la nulidad o ineficacia del acuerdo de elección de foro, invocada por la parte que demanda ante un foro diferente al acordado, debe determinarla el tribunal ante el cual se plantea el caso, no conforme a su propia ley, sino «en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido»¹⁰⁶. Esto contrasta con la Convención de Nueva York, la cual no especifica el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, por lo que el tribunal tiene la libertad de aplicar su propia ley¹⁰⁷. La norma que prefirieron los negociadores del Convenio sobre acuerdos de elección de foro favorece a la perspectiva del Derecho transnacional global: se requiere que el tribunal demandado, al determinar la validez del acuerdo de las partes, trascienda los límites de su propio sistema local, se ponga en los zapatos del tribunal elegido, y razone de acuerdo con la ley

de sentencias en materia civil y mercantil (refundido), *Official Journal* L351/1, 20.12.2012., art. 32 (2)-(4). La exclusividad de la cláusula de selección de foro [ver art. 25 (1)] ya estaba especificada en versiones anteriores del Reglamento.

¹⁰⁴ Código Civil y Comercial, arts. 2606 y 2605.

¹⁰⁵ Código de Processo Civil, art. 25.

¹⁰⁶ Art. 6 (a); HARTLEY y DOGAUCHI, *op. cit.*, N.º 149.

¹⁰⁷ Véase art. II (3) de la Convención de Nueva York de 1958.

de ese tribunal, incluyendo sus normas de conflicto¹⁰⁸. Esta innovación se ha seguido en el Reglamento Bruselas I (refundido)¹⁰⁹.

d. Protección de las partes débiles

45. Existe obviamente otra faceta de la autonomía de la voluntad. Una elección de foro impuesta por una parte más fuerte en una situación transnacional podría tener consecuencias de hondo calado, en términos de acceso a la justicia y costos; p. ej., cuando a la parte débil se le impone litigar en una jurisdicción remota con un sistema jurídico muy diferente. A nivel nacional y regional, legisladores y tribunales han intervenido en distintas formas para definir y proteger ciertas categorías de débiles jurídicos, incluyendo los acreedores de alimentos, consumidores, pasajeros y cargadores de mercaderías, trabajadores y asegurados, en su relación con deudores alimenticios, proveedores, empleadores, empresas transportistas y aseguradoras.

En vista de esta variedad de enfoques, el Convenio podría haber lidiado con el problema mediante una cláusula como la siguiente: «El acuerdo de elección del foro no es válido si se ha obtenido por un abuso de poder económico u otros medios desleales»¹¹⁰. Pero esto claramente habría restado valor a la predictibilidad, que es el objetivo central del instrumento¹¹¹. En su lugar, emergió un consenso para excluir expresamente el acuerdo de elección del foro relativo a transacciones de *consumo*¹¹² y contratos de *trabajo*

¹⁰⁸ La misma regla aplica al reconocimiento y ejecución de la sentencia dictada por el tribunal judicial elegido, art. 8 (a).

¹⁰⁹ Art. 25 (1).

¹¹⁰ Convenio del 25 de noviembre de 1965 sobre los acuerdos de elección de foro (no en vigor), art. 4 (3) (*supra* N.º 14).

¹¹¹ Véase D. SVANTESSON, *Private International Law and the Internet*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, p. 263.

¹¹² Véase, para una discusión sobre la protección del débil jurídico, en particular en el contexto de los contratos de comercio electrónico *idem.*,

(incluyendo convenios colectivos) –aun cuando dichos acuerdos hayan sido celebrados después de que la disputa haya surgido– así como otro nutrido número de materias, tales como las obligaciones alimenticias y el transporte de pasajeros y mercaderías¹¹³.

46. Como resultado, la regulación sobre los acuerdos de elección de foro, relativos a estos tipos de acuerdos y materias excluidos, es dejada a las regulaciones nacionales o regionales. Por ejemplo, el Reglamento Bruselas I (refundido) prevé reglas específicas que restringen los acuerdos de elección de foro concernientes a contratos de consumo y contratos de trabajo individuales¹¹⁴. Además, restringe los acuerdos de elección de foro relativos a contratos de seguros¹¹⁵. En vista de que estos últimos están, en principio, cubiertos por el Convenio sobre acuerdos de elección de foro, la UE, al aprobarlo, hizo uso de la posibilidad¹¹⁶ de excluir materias relativas a contratos de seguros, en donde el asegurado esté domiciliado en la UE, y el riesgo o el evento asegurado, el objeto o la propiedad, estén relacionados exclusivamente con la UE¹¹⁷.

e. El «Proyecto de La Haya sobre sentencias» en curso

47. El Convenio sobre elección de foro es un primer paso en lo que se ha llegado a conocer como el «Proyecto de La Haya sobre sentencias». Después de la finalización del Convenio en 2005, ha continuado el trabajo sobre sentencias que no se encuentran

«*The Choice of Courts Convention: How Will it Work in Relation to the Internet and E-Commerce?*», *Journal of Private International Law*, Vol. 5, 2009, pp. 517 y ss.

¹¹³ Art. 2 (1) y (2) (b) y (f).

¹¹⁴ Arts. 19 y 23.

¹¹⁵ Art. 15.

¹¹⁶ Ofrecida por el art. 21 del Convenio.

¹¹⁷ La declaración tiene efectos recíprocos, para que otros Estados contratantes no requieran aplicar el Convenio a aquellos contratos en los que el tribunal elegido se encuentre dentro de la Unión Europea.

basadas en acuerdos de elección de foros exclusivos, y un grupo de trabajo ha producido un texto borrador de convenio sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias relativas a materias civiles y comerciales, el cual se espera que sea la base para las negociaciones de un nuevo convenio¹¹⁸. El borrador se limita a sí mismo al efecto transfronterizo de las sentencias, y queda por verse si en una etapa futura, podría alcanzarse un consenso alrededor de criterios de jurisdicción¹¹⁹ (véase, *infra* N.ºs 121 y 122).

2. AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE. PRINCIPIOS DE LA HAYA DE 2015 SOBRE LA ELECCIÓN DE LEY APLICABLE

48. En un esfuerzo mayor por reforzar la autonomía de las partes a nivel global, el 19 de marzo de 2015 la Conferencia de La Haya adoptó los Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales¹²⁰. Se trata de principios, no reglas vinculantes, de modo que no obstaculizan instrumentos *vinculantes* existentes, tales como el Convenio de La Haya de 1955 sobre ventas internacionales, la Convención Interamericana de 1994, y el Reglamento Roma I de 2008 (véase, *supra* N.º 14), todos los cuales admiten el principio de la autonomía de las partes.

¹¹⁸ Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/06811e9c-dddf-4619-81af-71e8836c8d3e.pdf>.

¹¹⁹ R. WAGNER, «*Ein neuer Anlauf zu einem Haager Anerkennungs- und Vols-treckungsübereinkommen*», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrens-rechts*, Vol. 36, 2016, pp. 97 y ss. Véase también R. A. BRAND, «*Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*», *Recueil des cours*, Vol. 358, 2014.

¹²⁰ Accesible, con comentarios oficiales, en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>. Véase M. PERTEGÁS y B. A. MARSHALL, «*Party autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39, 2014, pp. 975 y ss.

49. ¿Por qué, entonces, la Conferencia de la Haya emprendió este trabajo? De hecho, la sugerencia provino de sus organizaciones hermanas, activas principalmente en el campo de la armonización global del Derecho mercantil *sustantivo*, UNIDROIT y UNCITRAL. Estas observaron que la autonomía de las partes en materia de Derecho aplicable todavía encuentra resistencia, p. ej., en Sudamérica y Medio Oriente, con todos los riesgos que esto acarrea para transacciones comerciales, incluso en el contexto de litigios judiciales y procedimientos arbitrales. Así, el objetivo primordial de los Principios es esparcir el concepto de autonomía de las partes a Estados que aún no lo han adoptado, o que lo han hecho con restricciones significativas, para asegurar de ese modo la universalidad de la autonomía contractual de las partes, como un principio fundamental de la arquitectura jurídica global, en las transacciones privadas internacionales¹²¹. Los Estados que estén listos para dejar de lado sus obsoletos temores relacionados con la soberanía, pueden decidir introducir los Principios en sus legislaciones¹²².

Adicionalmente, la naturaleza no vinculante del instrumento hizo posible redactar reglas a título de sugerencia, que podrían inspirar el desarrollo y el refinamiento continuo del Derecho, incluso en los sistemas jurídicos que ya han adoptado el principio de autonomía de las partes¹²³.

¹²¹ UNCITRAL otorgó su aprobación a los Principios de La Haya durante su Cuadragésima Octava sesión llevada a cabo en Viena en julio de 2015.

¹²² Paraguay ya codificó los Principios a través de su «Ley sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales», del 15 de enero de 2015. Ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, «Nueva ley paraguaya de contratos internacionales ¿regreso al pasado?», *Temas actuales del Derecho bancario y societario*, 2015, pp. 119 y ss. Un estudio reciente del Gobierno australiano propone implementar los Principios junto con el Convenio de elección de foro de 2005, a través de una nueva ley de Derecho civil internacional, *Australia's Accession to the Convention on Choice of Court Agreements, National Interest Analysis* [2016] ATNIA 7.

¹²³ Australia (véase nota al pie anterior) ofrece un ejemplo.

a. Definición de internacionalidad

50. Tal como en el Convenio sobre elección de foro, la definición de internacionalidad como condición para la aplicación de los Principios está basada en una perspectiva *transnacional*: «A los efectos de estos Principios, un contrato es internacional salvo si las partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre las partes y los demás elementos relevantes, independientemente del Derecho elegido, están vinculados únicamente con dicho Estado»¹²⁴. De hecho, los Principios trascienden las condiciones geográficas: no solo permiten a las partes deslocalizar su contrato, además también abren la puerta a la elección de reglas de Derecho que sean un Derecho *no estatal*.

b. Ninguna vinculación requerida

51. Los Principios establecen la libertad de las partes para elegir el Derecho que rige el contrato. Además, disponen que esta elección puede aplicar solo a una parte del contrato y, sujeto a la validez formal del contrato o a los derechos de terceros, puede hacerse o modificarse en cualquier momento¹²⁵. Asimismo, los Principios no requieren ninguna vinculación entre el Derecho elegido y las partes o su transacción¹²⁶. De este modo, van más allá de una regla como la del segundo *Restatement of Conflict of Laws*, el cual requiere «una base razonable para la elección de las partes»¹²⁷. En tal sentido, allanan el terreno para la práctica creciente de que las partes, al deslocalizar el contrato, escogen un determinado Derecho porque es neutral entre ellas o está particularmente bien desarrollado para el tipo de transacción en cuestión. En transporte marítimo y en transacciones bancarias,

¹²⁴ Art. 1 (2).

¹²⁵ Art. 2 (1)-(3).

¹²⁶ Art. 2 (4): «*No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction*».

¹²⁷ Sección 187 (2). Los Comentarios admiten que las elecciones «irracionales» son más teóricas que prácticas.

por ejemplo, la elección del Derecho inglés es bastante popular. Usualmente habrá factores adicionales que harán «internacional» la situación, pero no siempre es así, y los Principios no postulan ninguna condición *ex ante* para su aplicación¹²⁸.

c. Derecho no estatal

52. Además, los Principios admiten la posibilidad de que las partes escojan «reglas de Derecho» que no sean de Derecho estatal, sino reglas que son «generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en contrario del Derecho del foro»¹²⁹. Por lo tanto, si el foro no prohíbe tal elección¹³⁰, las partes pueden escoger, por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales o las reglas sustantivas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹³¹ como reglas de Derecho que rigen su contrato en situaciones en las que, de otra forma, esta no sería aplicable conforme a sus propias disposiciones.

53. En la actualidad, esa elección generalmente no se permite a las partes litigantes ante tribunales nacionales. El Reglamento Roma I, por ejemplo, solo permite a las partes incorporar a su

¹²⁸ Si la elección de Derecho extranjero se hace en una situación que de otra manera sería puramente doméstica, los tribunales del Estado de las partes pueden considerar que el caso no es «internacional» de conformidad con el art. 1 (2), e ignorar la elección del Derecho en primer lugar. Pero es poco probable que los tribunales extranjeros y los tribunales arbitrales hagan eso; sin embargo, pueden encontrar razones para aplicar una de las correcciones del art. 11 (véase *infra* N.ºs 55, 56 y 59).

¹²⁹ Art. 3.

¹³⁰ Resulta interesante que el Código paraguayo de 2015, al introducir los Principios en el Derecho paraguayo, acepta la elección de Derecho no estatal por las partes sin reserva alguna.

¹³¹ Art. 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías del 11 de abril de 1980, el cual define su ámbito geográfico.

contrato un cuerpo normativo no estatal o una convención internacional, por referencia, es decir, sujeto al Derecho designado por el Reglamento y no en lugar de este¹³². En contraste, en el *arbitraje* comercial internacional no se disputa que las partes pueden escoger un Derecho no estatal. Los Principios UNIDROIT han sido aplicados por tribunales arbitrales alrededor del mundo, incluyendo aquellas situaciones en las que han sido expresamente escogidos por las partes para regir el fondo de su disputa, o en las que el contrato genéricamente se refiere a los «principios generales del Derecho» o la *lex mercatoria*¹³³.

Decisiones *judiciales* de este tipo son muy raras, pero no inexistentes. En efecto, algunos tribunales han citado los Principios UNIDROIT para sustentar su interpretación de la ley doméstica aplicable¹³⁴. Si la elección del Derecho aplicable se admite como un principio básico, resulta difícil entender por qué, en una economía mundial globalizada donde la regulación jurídica privada transnacional es tan común, se permita la elección de un Derecho no estatal en el arbitraje, pero se impida en el contexto de los litigios judiciales. En ese sentido, los Principios de La Haya pueden, como hace más generalmente el Convenio de elección de foro, asistir en la nivelación del campo de juego entre el arbitraje comercial internacional y el litigio civil¹³⁵.

¹³² Véase *Recital* (13) (a contrario), contrario a una propuesta inicial de la Comisión a tal efecto.

¹³³ Véase E. FINAZZI AGRÒ, «*The Impact of UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures*», *Uniform Law Review*, 2011, pp. 719 y ss. Sobre los Principios UNIDROIT comparados con otros derechos no estatales, J. KLEINHEISTERKAMP y J.-F. TOSSENS, «*L'autonomie de la volonté, le droit transnational et l'arbitrage international*», M. FONTAINE y D. PHILIPPE (eds.), *Contrats internationaux et arbitrage/International Contracts and Arbitration*, Brussels, Larcier, 2009, pp. 135 y ss.

¹³⁴ FINAZZI AGRÒ, *op. cit.*

¹³⁵ Véase G. SAUMIER y L. GAMA, JR., «*Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*», D. P. FERNÁNDEZ ARROYO y J. J. OBANDO PERALTA (eds.), *El Derecho internacional privado en*

d. Partes débiles, terceros e intereses públicos

54. La autonomía contractual de las partes obviamente no puede ser ilimitada. Los débiles jurídicos, los terceros y los intereses públicos generales deben ser protegidos. Tal como el Convenio de elección de foro, los Principios excluyen transacciones de *consumo* y contratos *laborales*, bien sea que se hayan celebrado antes o después de que surja una disputa, de modo que la regulación de la autonomía de las partes en estas materias se deja al Derecho nacional o regional¹³⁶. En la implementación de los Principios, los Estados conservan la libertad de excluir la autonomía de las partes en otras áreas¹³⁷.

55. Por lo que respecta a los tribunales civiles, los Principios siguen el patrón tradicional del Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación y el Convenio de Roma de 1980/Reglamento Roma I: los tribunales no están impedidos de emplear normas de aplicación inmediata del foro, las cuales operan independientemente del Derecho elegido por las partes, y estos pueden excluir la aplicación de disposiciones del Derecho elegido por las partes solo si, y en la medida en que, el resultado de dicha aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios esenciales del orden público del foro¹³⁸ (véase, *supra* N.º 15). También apuntan al Derecho del

los procesos de integración regional, San José, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 41 y ss.; J. L. NEELS y E. A. FREDERICKS, «*Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*», *De Jure*, Vol. 44, pp. 101 y ss., y, crítico, R. MICHAELS, «*Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*», K. PURNHAGEN y P. ROTT (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Heidelberg etc., Springer, 2014, pp. 43 y ss.

¹³⁶ Art. 1 (1).

¹³⁷ La Ley de Paraguay de 2015, introduciendo los Principios de La Haya en su Derecho, también excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de franquicia, agencia y distribución.

¹³⁸ Art. 11 (1) y (3).

foro como sistema jurídico de referencia para la decisión de los tribunales sobre si pueden o deben utilizar normas de aplicación inmediata del Derecho de un tercer Estado (otro distinto de la *lex fori* y la *lex causae*) o normas de orden público de un Estado cuyo Derecho regulase el asunto si las partes no hubieren efectuado la elección¹³⁹.

56. En el arbitraje internacional, los tribunales arbitrales, a diferencia de los tribunales judiciales, no operan como parte del poder judicial del sistema legal de un solo Estado¹⁴⁰, sino en un marco transnacional. Varios Estados pueden estar involucrados en lo que se refiere a dar eficacia, o no, a su laudo¹⁴¹. Los Principios reconocen expresamente que al tribunal arbitral se le puede requerir o permitir tomar en cuenta, el orden público o las normas de aplicación inmediata de un Derecho distinto al elegido. Por ejemplo, obviamente, el Derecho del Estado o los Estados en los que el laudo será reconocido y ejecutado.

e. Los Principios de La Haya: ¿un proyecto en curso?

57. No es poco común que las normas no vinculantes sean revisadas de vez en cuando para ser actualizadas, mejoradas o ampliadas. Por su propia naturaleza, los instrumentos de *soft law* son más fáciles de revisar que los tratados vinculantes¹⁴². Un tema posible para trabajos futuros sobre los Principios de La Haya, mencionado en los Comentarios, puede ser la determinación del Derecho aplicable a los contratos en caso de ausencia de

¹³⁹ Art. 11 (2) y (4).

¹⁴⁰ Aunque desde una perspectiva funcional, los tribunales también operan cada vez más como agentes de un orden jurídico internacional descentralizado, *supra* N.º 17, 23 e *infra* N.º 143.

¹⁴¹ Véase, p. ej., G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, Alphen a.d.Rijn, Kluwer, 2012, Parte III.

¹⁴² Véase el trabajo en curso sobre los Principios UNIDROIT, <http://www.unidroit.org/work-in-progress.-studies/current-studies/long-term-contracts>.

acuerdo sobre el Derecho aplicable. Pero ese es un proyecto ambicioso, con un enfoque diferente, y en el que el consenso «no existe actualmente»¹⁴³.

58. Podría valer la pena, y ser más cercano al propósito original de los Principios, examinar si sus reglas pudieran proveer mayores orientaciones para los casos en los que remiten y dejan la solución del problema al Derecho doméstico. Entre otras cosas, se podría intentar redactar reglas específicas sobre la autonomía de las partes en lo que respecta a transacciones de *consumo* (incluyendo posiblemente algunos contratos de seguros) y contratos *laborales*, en lugar de simplemente excluirlos de su ámbito de aplicación, con lo cual queda sujeta a múltiples reglas de Derecho internacional privado domésticas (o regionales), la definición de las condiciones bajo las cuales la elección del Derecho aplicable resulta, o no, aceptable en estas materias¹⁴⁴.

59. Además, se podría considerar la posibilidad de elaborar disposiciones sobre normas de aplicación inmediata y orden público (art. 11), en virtud del contexto global en el que los Principios pretenden operar, y sobre la importancia de la responsabilidad corporativa en cuanto al respeto de los derechos humanos esenciales e internacionalmente reconocidos en ese contexto, tal como fue resaltado, p. ej., por los Principios Rectores de las NU sobre las

¹⁴³ Comentario I.14.

¹⁴⁴ Al menos para los contratos de consumo, el germen de una norma puede encontrarse en el art. 6 de la [Convención] de La Haya sobre el Derecho aplicable a ciertas ventas de consumo, adoptada el 25 de octubre de 1980, por la Conferencia de La Haya (la autonomía de las partes corregida por las normas de aplicación inmediata del Derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor). Véase. A&D, Sesión XIV, Tomos I-II, pp. 1-60 y ss. (texto) y pp. 11-193 y 194 (Informe Explicativo A. T. VON MEHREN). Ese puede ser también el punto de inicio para una norma sobre la protección de empleados. Véase, arts. 6-8 de la Regulación Roma I, arts. 27 y 28 de la Ley de Derecho Internacional Privado coreana de 2001, y arts. 3117-3119 del Código Civil de Quebec.

empresas y los derechos humanos (véase, *supra* N.º 25, ver también *infra* N.º 115)¹⁴⁵.

Desde luego, mientras los tribunales judiciales o arbitrales aplican o toman en consideración normas de aplicación inmediata o de orden público estatal, estas normas domésticas pueden reflejar aspectos del Derecho internacional de los derechos humanos (*supra* N.º 15). Sin embargo, teniendo en cuenta las situaciones transnacionales en las que los tribunales judiciales y arbitrales son llamados a aplicar los Principios, sería conveniente recordarles la responsabilidad especial que tienen las empresas en relación con esas normas. Esto sugeriría añadir un párrafo al final del artículo 11 de los Principios, como el de las siguientes líneas:

Al aplicar este artículo, los tribunales judiciales y arbitrales tendrán en consideración las normas de derechos humanos reconocidas internacionalmente que puedan informar al orden público o a las normas de aplicación inmediata del ordenamiento jurídico del foro o de otro Estado interesado.

C. Las familias y los niños: cooperación institucional transnacional directa e interacción con los derechos humanos

60. El creciente rol de la autonomía de las partes en contratos comerciales transnacionales tiene paralelos en otros campos, incluyendo el Derecho de familia transnacional (véase, *supra*

¹⁴⁵ Véase, *Principios Rectores de las NU sobre las empresas y los derechos humanos*, *op. cit.*, Principio 12: «La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los 16 derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo».

N.º 14). En efecto, la autonomía de las partes puede ser vista «como una abstracción de los principios de libre circulación. Esto permite una elección de regulación jurídica sin la necesidad de movimiento físico, trascendiendo los límites territoriales entre los sistemas regulatorios y abriéndolos a la competencia»¹⁴⁶. La elección del Derecho por voluntad de las partes en materia de personas y familia, incluyendo las relaciones patrimoniales de la familia –propiedad conyugal, sucesiones por causa muerte– y de manutención (*infra* N.º 82), puede permitirles manejar tales asuntos más fácilmente cuando los problemas se extiendan a varios países, permitirles dar expresión a su identidad cultural y facilitar la continuidad de las relaciones a través de las fronteras. Sin embargo, aquí la expansión de la autonomía de las partes ha sido, de hecho, más modesta que en el campo comercial¹⁴⁷. Además, la cuestión de sus limitaciones es un asunto todavía en discusión¹⁴⁸.

61. El impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado en materia de personas y de familia a nivel global, se hace particularmente manifiesto cuando el Derecho internacional privado es llamado a ofrecer protección contra los *riesgos* de la globalización, sobre todo para los niños. Y una vez más (véase, *supra* N.ºs 35-39), observamos un cambio notorio, desde una visión anclada en el (foro) espacio del Estado-nación, hacia una perspectiva transnacional, o más bien, global. La cooperación directa institucionalizada entre autoridades administrativas especializadas (incluso, en algunos casos, agencias privadas especiales) y tribunales, se ha expandido alrededor del globo, trascendiendo fronteras en función del interés de los niños y las

¹⁴⁶ MILLS, *op. cit.*, p. 293.

¹⁴⁷ P. ej., tal como investigación empírica escasa revela, las partes raramente utilizan la opción de escoger el Derecho aplicable a su divorcio, véase, J. VERHELLEN. *Het Belgische Wetboek IPR in familiezaken, wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Bruges, Keure, pp. 183 y ss.

¹⁴⁸ Véase BASEDOW (2013), *op. cit.*, p. 213.

familias, dándole también forma concreta a normas globales de derechos humanos:

1. COOPERACIÓN INSTITUCIONAL TRANSNACIONAL DIRECTA

62. El Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores fue el que, anticipándose al desarrollo de la globalización moderna, rompió por primera vez con el enfoque tradicional del Derecho internacional privado de ver a los Estados-naciones como ordenamientos jurídicos esencialmente separados e independientes. El objetivo primario del Convenio es «... proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícitos y (...) garantizar la restitución inmediata del menor...»¹⁴⁹. El camino tradicional para lograr esto hubiese sido preparar un sistema de reconocimiento y ejecución para autoridades del Estado al que fue trasladado el niño –el Estado de refugio– de una sentencia dictada en el Estado de la residencia habitual del niño antes de la sustracción¹⁵⁰. Un inconveniente mayor de este enfoque es que, cuando no existe decisión judicial alguna en el Estado de la residencia habitual, pero la sustracción infringe el Derecho aplicable (un escenario frecuente), el padre dejado atrás debe obtener primero tal decisión en el Estado de la residencia habitual.

En lugar de imponer esta desviación a través de los tribunales del Estado de residencia del niño, el Convenio sobre sustracción de menores involucra a las autoridades del Estado de refugio, requiriéndoles *mirar directamente a través de las fronteras internacionales la situación legal del menor en su residencia*. Al momento de decidir si la sustracción del niño fue ilícita, deben hacerlo no en

¹⁴⁹ Preámbulo, par. 2; el Convenio también apunta a «asegurar la protección del derecho de visita», art. 21. Para un análisis crítico exhaustivo véase, R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention*, Oxford etc., Hart, 2013.

¹⁵⁰ La Convención Europea de 1980 para el reconocimiento y ejecución de decisiones concernientes a la custodia de menores está basada en este enfoque.

los términos de sus propias reglas, sino en las del Estado de residencia del niño antes de la sustracción o retención¹⁵¹.

63. Además, el Convenio sobre sustracción de menores, basándose en la exitosa maquinaria cooperativa desarrollada por los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil (*supra* N.º 16), establece un sistema de cooperación administrativa transfronteriza directa, con amplias responsabilidades para las Autoridades Centrales, tanto para prevenir las sustracciones como para responder frente a estas¹⁵². Las Autoridades Centrales están en el deber de adoptar «... todas las medidas apropiadas que permitan (...) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable»¹⁵³. Entre estas medidas, facilitar la mediación es de creciente importancia¹⁵⁴. Para que el sistema funcione, es esencial que las Autoridades Centrales sean reconocidas apropiadamente, y que los Estados partes aseguren que estén bien equipadas y tengan bastantes recursos. Aunque esto permanece como una preocupación, se ha desarrollado alrededor del mundo una red viviente de más de cien Autoridades Centrales, que se encuentran regularmente en reuniones de evaluación en La Haya, y que cuentan con el apoyo de una serie de actividades y herramientas de la Oficina Permanente de la Conferencia. Esta comunidad profesional global juega un rol crucial en la prevención y el combate de la sustracción de niños por parte de los padres.

¹⁵¹ Art. 3 (1) (a): «El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido (...) con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención».

¹⁵² Arts. 6 y 7.

¹⁵³ Art. 7 (2) (c).

¹⁵⁴ Generalmente sobre el uso de la mediación en el marco del Convenio sobre sustracción de menores, véase, Conferencia de La Haya, *Mediation-Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=5568.

64. Además del sistema de cooperación administrativa, el Convenio prevé la intervención judicial coordinada en situaciones de conflicto parental persistente. La necesidad de un enlace directo a través de las fronteras se ha manifestado también respecto de los tribunales, incluso sin una base expresa en el Convenio. Paralelamente a la red global de Autoridades Centrales, una red de unos cientos de jueces de enlace de unas setenta jurisdicciones –la «Red Internacional de Jueces de La Haya»– se ha desarrollado para promover las comunicaciones judiciales directas en casos de sustracción de niños. Tales comunicaciones pueden ayudar a resolver problemas prácticos que rodean la restitución, y pueden facilitar acuerdos entre los padres ante el tribunal en el Estado de refugio¹⁵⁵.

65. El Convenio sobre sustracción de menores proporciona una solución específica para la restitución de niños (y un sistema rudimentario para asegurar el ejercicio de los derechos de visita), pero no se inserta en un marco más amplio de protección de los niños. Este vacío lo llena el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. El Convenio de 1996 puede también ayudar en la operatividad del Convenio de 1980, al proporcionar las bases jurisdiccionales para adoptar medidas de protección que acompañen a la orden de restitución –p. ej., una orden que prohíba al padre dejado atrás acercarse o molestar a la madre y el niño– y al asegurar la eficacia de tales medidas por parte de las autoridades del Estado de residencia.

¹⁵⁵ Conferencia de La Haya, *Direct Communications*, <https://assets.hcch.net/docs/62d073ca-eda0-494e-af66-2ddd368b7379.pdf>. Cfr. C. KESSEDIAN, «Le dialogue des juges dans le contentieux privé international», *Permanent Bureau Hague Conference, A Commitment to Private International Law/Un engagement au service du droit international privé*, op. cit., pp. 253 y ss.

66. De hecho, el Convenio de 1996 es el complemento de un desarrollo que se extiende a casi un siglo, reflejando la evolución del Derecho internacional privado como ha sido esbozado en esta conferencia. La elaboración multilateral de tratados sobre la protección de niños comenzó con un marco esencialmente basado en la conexión formal de nacionalidad entre el niño y su Estado, con una fuerte connotación de soberanía¹⁵⁶. Luego cambió hacia un sistema en el que dicha conexión era todavía preeminente, pero que también dejaba espacio para la residencia habitual del niño como un factor de conexión¹⁵⁷. Para finalizar, en el contexto de la globalización moderna, culminó con el Convenio de 1996: un sistema transnacional completo de protección de menores, que gira totalmente en torno al centro de vida del niño, tomando en cuenta su movilidad transfronteriza, con normas innovadoras sobre el Derecho aplicable respecto de la responsabilidad parental (véase, *infra* N.º 81), y con «engranajes» que permiten la ejecución de medidas de protección de menores a través de las fronteras y, todo esto, complementado con un sistema de cooperación de Autoridades Centrales¹⁵⁸.

67. El Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, intensifica y profundiza la cooperación entre Autoridades Centrales. Contiene disposiciones generosas sobre la asistencia jurídica gratuita en casos de alimentos para niños, tramitados a través del sistema de la

¹⁵⁶ Convenio de La Haya de 1902 para reglamentar la tutela de menores. Este Convenio fue tema del «*Case concerning the Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants*» (*Netherlands v. Sweden* —«Elisabeth Boll»), sentencia del 28 de noviembre de 1958, I.C.J. *Reports* 1958, p. 55, el cual tuvo el efecto de reducir el rol de la nacionalidad en el subsecuente Convenio de 1961.

¹⁵⁷ Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.

¹⁵⁸ Respecto a adultos vulnerables, el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de los adultos sigue la estructura general del Convenio de 1996, con las adaptaciones necesarias.

Autoridad Central, y penetra en reservas tradicionales del Derecho doméstico al establecer procedimientos detallados sobre reconocimiento y ejecución de decisiones de alimentos, y nuevamente, incluyendo un acceso efectivo a estos procedimientos. Toma en cuenta las diferentes capacidades de varios países, para permitir a los Estados con recursos limitados restringir la disposición sobre asistencia legal gratuita¹⁵⁹, y ofrece procedimientos alternativos para el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras sobre cobro de alimentos¹⁶⁰. El régimen se refuerza con un sistema automatizado y sofisticado de manejo de casos (*ISupport*), y con la exigencia de extensos requerimientos de información sobre leyes nacionales y procedimientos, que debe ser proporcionada como pre-requisito para la ratificación del Convenio, incluyendo un «perfil del país»¹⁶¹.

68. La evolución de la cooperación institucional directa a través de los sucesivos Convenios de La Haya sobre niños, refleja claramente la conectividad creciente entre los ordenamientos jurídicos de los Estados en el contexto de la movilidad global de las personas: el espacio y el tiempo se comprimen como es típico en la globalización moderna (véase, *supra* N.ºs 18 y ss.). El Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, remueve la idea de la cooperación institucional directa hasta sus límites mismos, y, por tanto, rompe radicalmente la metodología tradicional del

¹⁵⁹ Basada, sin embargo, en un examen de los recursos económicos del *niño* (art. 16).

¹⁶⁰ Véase arts. 23 y 24.

¹⁶¹ W. DUNCAN, «*The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance: Comments on its Objectives and Some of its Special Features*», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2008, pp. 313 y ss.; P. LORTIE, «*The development of Medium and Technology Neutral International Treaties in Support of Post-Convention Information Technology Systems: the Example of the 2007 Hague Convention and Protocol*», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 10, 2009, pp. 359 y ss.

Derecho internacional privado. El Convenio procura proteger a los niños y a las familias involucradas en adopciones transfronterizas, en particular, respecto a las relaciones entre países en vías de desarrollo y países desarrollados; el «sur global» y el «norte global». En tales relaciones asimétricas, a menudo cargadas de diferencias culturales, los abusos y fracasos en la adopción son propensos a ocurrir.

69. El modelo tradicional de tratado multilateral¹⁶² concibe al Estado de origen de los niños adoptados y al Estado de recepción, como ordenamientos jurídicos separados. El Convenio de 1993 reconoce la responsabilidad primordial del Estado de origen de decidir sobre materias relativas al niño y a la familia de nacimiento, culminando con la decisión de confiar al niño a futuros padres adoptivos¹⁶³, y del Estado de recepción, en lo relativo a la futura familia adoptiva y la admisión del niño y su residencia permanente en ese Estado¹⁶⁴. Pero, en contraste con el modelo tradicional, no depende de reglas sobre jurisdicción y Derecho aplicable, sino de garantías y procedimientos sustantivos, los cuales, si son respetados, pueden llevar a una decisión *conjunta* de, o en nombre de, las Autoridades Centrales administrativas, para confiar el niño a los futuros padres adoptivos: las Autoridades Centrales de *ambos* Estados deben dar luz verde para que proceda la adopción de *cada* niño¹⁶⁵. Es sobre la fuerza de este marco cooperativo que *todos* los Estados contratantes deben reconocer la adopción.

70. Una novedad adicional del Convenio es el reconocimiento del rol de los intermediarios privados. Históricamente, la iniciativa

¹⁶² Ejemplificado por el Convenio de 1965 sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción y la Convención interamericana sobre los conflictos de leyes en materia de adopción de menores de 1984.

¹⁶³ Arts. 4, 16.

¹⁶⁴ Arts. 5, 15.

¹⁶⁵ Art. 17 (c).

privada ha liderado el desarrollo de la adopción internacional. El Convenio acepta la participación de entidades privadas, pero las sujeta a la acreditación por parte de su Estado, y, si actúan en otro Estado, a la autorización de ese Estado. Estas deben perseguir fines no lucrativos, ser dirigidas y atendidas por personas calificadas y estar sujetas al control de su Estado¹⁶⁶. Más generalmente, el Convenio prohíbe obtener cualquier tipo de «beneficios materiales indebidos», uno de los diversos requerimientos derivados de la Convención de las NU sobre los derechos del niño.

2. INTERACCIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

71. La globalización no solo ha estimulado la difusión mundial del Derecho internacional privado, sino también la de los derechos humanos¹⁶⁷. Más aún, ha estimulado la interacción entre los dos campos del Derecho, especialmente, en relación con las familias y los niños¹⁶⁸. Dos sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), durante la última década, ilustran la interfaz dinámica entre los derechos humanos y el Derecho internacional privado.

72. En el caso *Wagner vs. Luxemburgo*¹⁶⁹, los tribunales de Luxemburgo se negaron a dar efecto a la adopción plena de un niño peruano por parte de una madre soltera luxemburguesa que vivía con su hijo en Luxemburgo. La madre y el niño reclamaron

¹⁶⁶ Arts 9-13. El Convenio también reserva un rol limitado a intermediarios con fines de lucro en el art. 22 (2)-(5).

¹⁶⁷ Acerca de la interacción de la globalización, derechos humanos y Derecho de familia, véase, B. STORK, «*When Globalization Hits Home: International Family Law Comes of Age*», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2006, pp. 1551 y ss.

¹⁶⁸ Para información reciente de Latinoamérica, véase, M. C. FRESNEDO DE AGUIRRE, «*Public Policy: Common Principles in the American States*», *Recueil des cours*, Vol. 379, 2016, en particular Cap. iv.

¹⁶⁹ TEDH, 28 de junio de 2007, *Wagner y J. M. W. L. vs. Luxembourg*, aplicación 76240/01.

que esta negativa causaba obstáculos en su vida cotidiana y en la integración del niño a la familia adoptiva. Los tribunales de Luxemburgo, sin cuestionar la validez de la decisión de adopción peruana, basaron su negativa en la norma de conflicto de Luxemburgo, según la cual las condiciones de adopción se regían por la legislación nacional del adoptante (Ley de Luxemburgo), que solo permitía adoptar a parejas casadas. El TEDH consideró que esta negativa —que deja prevalecer la norma de conflicto de Luxemburgo sobre la «realidad social» del niño y de la madre que viven en ese país— era incompatible con la protección de la vida familiar garantizada por el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), que el Tribunal interpretó basándose en la Convención de las NU sobre los derechos del niño (CDN)¹⁷⁰.

73. En el caso *Harroudj vs. Francia*¹⁷¹ los tribunales franceses negaron la solicitud planteada por una mujer francesa para obtener la adopción plena de una niña argelina abandonada, nacida en Argelia. La solicitante había sido autorizada por un tribunal de Argelia a abandonar el país y establecerse en Francia, concediéndole el derecho de tener a la niña bajo su cuidado legal por medio de la *kafala*. La ley argelina prohíbe la adopción, y la *kafala* no crea una relación legal padre-hijo entre el niño y su cuidador (*kafil*). Los tribunales franceses basaron su negativa a conceder la adopción en la norma de conflicto francesa que establece que no permitirá la adopción de un niño, si su legislación nacional prohíbe la adopción, a menos que la residencia habitual del niño esté en Francia y haya nacido en Francia¹⁷².

¹⁷⁰ *Ibid.* párr. 120. Esta negativa también viola los arts. 6 (proceso equitativo) y 14 (prohibición de discriminación), en concordancia con el art. 8 CEDH. Los hechos del caso ocurrieron antes de que Luxemburgo se convirtiera en parte del Convenio de la Haya sobre adopción de 1993, que, por lo tanto, no era aplicable.

¹⁷¹ TEDH, 4 de octubre de 2012, *Harroudj vs. France*, aplicación 43631/09.

¹⁷² Art. 370-3 (2) Código Civil francés.

En contraste con *Wagner*, el TEDH no encontró ninguna violación del artículo 8 del CEDH en este caso. Consideró que la distinción jurídica entre *kafala* y adopción estaba reconocida por la CDN¹⁷³, el Convenio de La Haya sobre adopción de 1993¹⁷⁴ y el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños¹⁷⁵. Además, la niña aún podría adquirir derechos sucesorios mediante un testamento y, después de haberse criado durante cinco años en hogares de guarda, también podría adquirir la nacionalidad francesa y entonces ser adoptada por su *kafil*. La Corte concluyó que las autoridades francesas, por lo tanto, «al aplicar los convenios internacionales que rigen la materia, ha[n] establecido una articulación flexible entre el Derecho del Estado de origen del niño y el Derecho nacional», «Al obviar progresivamente la prohibición de la adopción (...) [se] intenta favorecer la integración de los niños de origen extranjero, sin descartar inmediatamente las normas de su país de origen, [se] muestra respeto por el pluralismo cultural y [se] logra un equilibrio justo entre el interés público y el derecho del solicitante [el *kafil*]»¹⁷⁶.

74. La comparación de estos dos casos¹⁷⁷ muestra que la interacción entre los derechos humanos y el Derecho internacional privado no es una calle de un solo sentido. No se trata solo de que los derechos humanos anulen las normas de Derecho internacional privado que bloquean el reconocimiento de la «realidad social» de familias que han adquirido derechos conforme a sistemas

¹⁷³ Art. 20 (3): al proporcionar cuidados alternativos, «se tendrá debidamente en cuenta (...) el origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del niño».

¹⁷⁴ Esta Convención se limita a las adopciones que establecen una relación permanente entre padres e hijos, art. 2 (2), y especifica que corresponde a las autoridades del estado de origen del niño determinar la adoptabilidad del niño (art. 4).

¹⁷⁵ Esta Convención abarca específicamente la *kafala* (arts. 3, 33).

¹⁷⁶ Párr. 51. La Corte también consideró que no se planteó ninguna cuestión por separado en virtud del art. 14 CEDH (párr. 55).

¹⁷⁷ Véase, *Harroudj*, párr. 147.

legales extranjeros (*Wagner*). También funciona en la otra dirección: *el Derecho internacional privado puede informar la norma de derechos humanos* para que se aplique tomando debidamente en cuenta la identidad cultural de la persona, su evolución en el tiempo y el pluralismo jurídico (*Harroudj*)¹⁷⁸.

75. Todavía es cierto, sin embargo, que el incremento de normas regionales de derechos humanos, en particular, cuestiona la metodología tradicional del Derecho internacional privado¹⁷⁹. Esto aplica, especialmente, a la utilización sistemática de normas de conflicto del Estado del foro para determinar la eficacia jurídica de una situación creada en el extranjero. Tal utilización es comprensible en un mundo de ordenamientos jurídicos relativamente cerrados. Pero, como lo muestra *Wagner*, en un entorno globalizado puede chocar con los imperativos de los derechos humanos. De forma similar, puede entrar en conflicto con el principio de libre circulación de nacionales de los Estados miembros en la UE¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Como señala GANNAGÉ, la identidad cultural abarca identidad individual, grupal y nacional, las cuales, a medida que evolucionan durante la vida de una persona, pueden reforzarse pero también contradecirse entre sí, L. GANNAGÉ, «*Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*», *Recueil des cours*, Vol. 357, 2013, N.º 12 y ss. Véase, sobre el desafío complejo de identidades individuales y colectivas presentes en el Derecho internacional privado, I. ISILOVIC, «*Political Recognition and Transnational Law*», H. MUIR WATT y D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, OUP, 2014, pp. 318 y ss. También STARK, *op. cit.*, p. 1603.

¹⁷⁹ Véase P. KINSCH, «*Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*», *Recueil des cours*, Vol. 318, 2005, pp. 9 y ss.; L. D'AVOUT, «*Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*», E. DUBOUT y S. TOUZÉ, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pedone, 2010, pp. 165 y ss.; D. BURDEAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Vol. I, 3.ª ed., París, Thémis, 2014, N.º 581 y ss.

¹⁸⁰ Como lo demuestran diversas sentencias del TJUE, especialmente en su decisión del 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*.

La Conferencia de La Haya ha desarrollado un conjunto de técnicas para evitar esas consecuencias inaceptables de la aplicación de las normas de conflicto del foro, a situaciones foráneas en asuntos de familia y niños:

i. Método de reconocimiento

76. El Convenio de La Haya de 1978 sobre el matrimonio es el prototipo de un instrumento que reconoce ampliamente los matrimonios extranjeros:

El matrimonio válidamente celebrado según el Derecho del Estado de la celebración o que se convierta posteriormente en válido según dicho derecho, se considerará como tal en todos los Estados contratantes...¹⁸¹.

Por lo tanto, el Convenio exige que las autoridades del foro no apliquen sus propias normas de conflicto, sino que le den efecto al matrimonio en el extranjero siempre que sea válido de acuerdo con la ley del Estado de origen (independientemente de que sea o no Estado parte del Convenio). A menudo se comenta que el Convenio constituye un ejemplo primordial de la aplicación del método (o métodos) de reconocimiento como alternativa a la metodología conflictual tradicional, con respecto a situaciones creadas en el extranjero¹⁸². Se puede encontrar un enfoque similar en reglas como las del Convenio sobre sustracción de menores (*supra* N.º 62) y del Convenio sobre elección de foro (*supra* N.º 44), las cuales exigen que el foro aplique, no sus propias normas de conflicto, sino las del Estado contratante de la residencia habitual del niño o las del tribunal elegido por las partes.

¹⁸¹ Art. 9.

¹⁸² Véase recientemente, P. LAGARDE, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé», *Recueil des cours*, Vol. 371, 2014; *idem.* (ed.), *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, París, Pedone; A. BUCHER, «La dimension sociale du droit international privé», *Recueil des cours*, Vol. 341, 2009, en particular el Cap. v.

ii. Método conflictual alternativo

77. Una técnica diferente, basada en la metodología conflictual, es empleada en el Convenio de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. A diferencia del Convenio de 1978 sobre matrimonio, este instrumento no basa la validez de un testamento en la ley de *cualquier* Estado bajo el cual fue otorgado válidamente, sino que ofrece una norma de conflicto con una *amplia variedad* de posibles factores de conexión. El efecto de esta regla es que la validez formal de los testamentos, sin importar si ha sido otorgado en un Estado contratante o no, se mantiene prácticamente en todas las circunstancias posibles, lo que respalda la movilidad global de los testadores, sus familias y sus bienes.

iii. Método de cooperación

78. Una tercera técnica, ejemplificada en el Convenio de adopción de 1993, es aquella que, en lugar de exigir que el foro se *abstenga* de aplicar sus normas de conflicto, *involucra al foro en la creación de la situación jurídica extranjera*¹⁸³. La cooperación administrativa entre los dos ordenamientos jurídicos más involucrados en el proceso de adopción, proporciona la base para el reconocimiento de la adopción por parte de todos los Estados contratantes.

Los tres métodos evitan los efectos adversos de la aplicación aislada de normas de conflicto del foro a situaciones creadas en el extranjero, y permiten la continuidad de las relaciones jurídicas cuando las familias o sus miembros cruzan las fronteras.

79. La interacción entre el desarrollo de los derechos humanos y el Derecho internacional privado a nivel *global*, se ilustra mejor

¹⁸³ En el contexto de situaciones jurídicas extranjeras, el ejemplo sería una adopción extranjera establecida mediante acuerdo, como es la práctica en algunos países (p. ej., la República Popular China).

mediante la función complementaria de la Convención de las NU sobre los derechos del niño (CDN) de 1989 y los cuatro modernos convenios de La Haya sobre los niños, mencionados *supra* N.ºs 62-70. En contraste con los convenios de derechos humanos de las NU o los convenios regionales —europeos, interamericanos y africanos—, que se sitúan, en términos de derechos humanos, *frente* a un solo Estado, la CDN identifica una serie de problemas y riesgos *transnacionales* para los niños y las familias, incluso en sus relaciones mutuas, cuando cruzan las fronteras. La CDN llama a los Estados a *cooperar* para resolver problemas que trascienden los límites del Estado-nación, mediante la adhesión a instrumentos internacionales ya existentes o la concertación de nuevos instrumentos. Todos los convenios de La Haya antes mencionados interactúan con una, y a menudo varias, de las disposiciones de la CDN¹⁸⁴.

a. Convenio de 1980 sobre sustracción de menores

80. El artículo 11 de la CDN (1989), inspirado en el Convenio de la Haya de sustracción de menores (1980), dispone que los Estados «adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero». El Convenio de la Haya sobre sustracción de menores proporciona las reglas y los mecanismos para tomar tales medidas, no solo en general, sino en cada caso particular de sustracción que recaiga dentro su ámbito de aplicación. Además, favorece el derecho del niño a vivir con ambos padres y, en caso de que el niño se separe de uno de ellos, el derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, incluso en el caso de un niño cuyos padres residan en diferentes

¹⁸⁴ Véase, con mayor detalle, del autor, «*Protecting Children across Borders: The Interaction between the CRC and the Hague Children's Conventions*», T. LIEFAARD y J. SLOTH-NIELSEN (eds.), *25 Years of The UN Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill, 2016, pp. 31 y ss.

Estados»¹⁸⁵. Por lo tanto, unirse al Convenio de La Haya sobre sustracción es un paso vital para la implementación de estos objetivos de la CDN.

Pero la interacción funciona en ambos sentidos. El artículo 12 de la CDN declara el derecho del niño a ser escuchado en cualquier procedimiento que le afecte a él o ella. Este es un lenguaje más convincente que el del Convenio sobre sustracción de menores, y los tribunales de todo el mundo han interpretado este último Convenio a la luz de esta disposición de la CDN¹⁸⁶. En contraste, las reclamaciones que cuestionan la compatibilidad del Convenio sobre sustracción de menores con el artículo 3 de la CDN (o el artículo 8 del CEDH) no han tenido éxito: generalmente los tribunales tienden a interpretar de manera armoniosa los instrumentos de derechos humanos y el Convenio sobre sustracción de menores¹⁸⁷.

b. Convenio de 1996 sobre protección de niños

81. El Convenio de 1996 respalda una serie de artículos de la CDN: artículos 9 y 10, sobre relaciones personales y contacto entre padres e hijos; 11, sobre sustracción de niños¹⁸⁸; 12, sobre la opinión del niño; 18, sobre responsabilidad parental; 19, sobre la

¹⁸⁵ Arts. 9 y 10 de la CDN.

¹⁸⁶ El Reglamento de la UE N.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2001, sobre jurisdicción, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N.º 1347/2000 (Bruselas II a o Bruselas II *bis*), partiendo del Convenio sobre sustracción, ha reforzado la obligación de las autoridades de los Estados miembros de la UE de brindar al niño la oportunidad de ser escuchado en las situaciones en que se aplique el Convenio sobre la sustracción: arts. 11 (2) 23 (b), 41(2) (c), 42 (2) (a).

¹⁸⁷ Véase, *International Child Abduction Database*, INCADAT, <http://www.incadat.com>.

¹⁸⁸ El Convenio de 1996 incorpora las principales reglas del Convenio sobre sustracción de menores de 1980, pero no afecta la aplicación del mismo (art. 50).

protección contra el abuso; 20, sobre cuidados alternativos (incluida la *kafala*); 22, sobre refugiados; y 35, sobre la trata de niños, por mencionar solo algunos. Para las cuestiones transfronterizas que surgen en virtud de esas disposiciones el Convenio de 1996 determina: i. cuáles autoridades o tribunales pueden actuar en situaciones internacionales, ii. qué ley se aplica, iii. cuándo las decisiones tomadas en un Estado deben respetarse y ejecutarse en otros Estados, y iv. cómo los Estados pueden cooperar para proteger a los niños. Algunos ejemplos pueden ilustrar el funcionamiento del Convenio:

i. Jurisdicción. Durante la guerra en Yugoslavia se puso de manifiesto que las autoridades de algunos países de la ex-Yugoslavia se mostraban renuentes a tomar ciertas medidas de protección –por ejemplo, proporcionar cuidados en hogares de acogida para un niño refugiado de otro país de la ex-Yugoslavia– porque consideraban que la mera presencia de ese niño en su territorio no era suficiente para autorizarlos a actuar y correspondía hacerlo a las autoridades nacionales del niño. Esto, por supuesto, a menudo no es posible en situaciones de refugiados¹⁸⁹. El Convenio de 1996 disipa cualquier duda de que la mera presencia del niño en tales situaciones es suficiente motivo para atribuir jurisdicción¹⁹⁰. Otra novedad, tomada de los Estados Unidos, pero trasplantada aquí a una situación *transnacional*, es la posibilidad de transferir un caso, o solicitar que se transfiera, de los tribunales de un Estado a los de otro Estado parte¹⁹¹.

¹⁸⁹ Véase *Report of the joint mission of UNICEF, UNHCR and DCI in collaboration with the Hague Conference on Private International Law for the protection of the rights of unaccompanied children in former Yugoslavia* (1993), en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3916&dtid=28>.

¹⁹⁰ Art. 6. Esto constituyó el ejemplo para el art. 6 del Convenio de 2000 sobre protección internacional de los adultos y del art. 13 del Reglamento Bruselas II.

¹⁹¹ Arts. 8 y 9. Esto es un ejemplo del art. 8 del Convenio de 2000 sobre protección internacional de los adultos, y del art. 15 del Reglamento Bruselas II.

ii. Ley aplicable. Las normas de Derecho sustantivo sobre responsabilidad parental en casos de padres no casados, por ejemplo, varían de un país a otro, lo que puede generar problemas cuando los niños se mueven a través de las fronteras. El Convenio garantiza que, si la autoridad parental es atribuida según la ley del Estado donde vive el niño, entonces se mantiene cuando el niño se muda a otro Estado, incluso cuando las leyes de este último no conferirían responsabilidad parental, o requerirían una orden judicial para obtenerla¹⁹².

iii. Reconocimiento y ejecución. Si en un caso de sustracción de un niño, el tribunal del Estado de refugio está dispuesto a ordenar el retorno, pero solo cuando esto se acompañe con una medida de protección –por ejemplo, una orden que prohíba a un padre acercarse o molestar a la madre o al niño– el Convenio de 1996 no solo proporciona la base jurisdiccional para tal medida, sino que también garantiza el respeto de esa orden por parte de las autoridades del Estado de origen, hasta que decidan sobre la cuestión de la custodia¹⁹³.

iv. Cooperación administrativa. En el caso de un niño no acompañado (un migrante o incluso un refugiado) o un adolescente en fuga, una Autoridad Central puede solicitar la cooperación de otra con el fin de tomar medidas para protegerlo¹⁹⁴.

¹⁹² Art. 16 (3).

¹⁹³ Arts. 7 (3), 11, y 23-28. Sería deseable introducir un mecanismo similar en el Reglamento Bruselas II a. Véase, del autor, «*The Brussels II a Regulation: towards a review?*», *Cross-Border Activities in the EU –making Life easier for Citizens*, report for the European Parliament, 2015, pp. 177-207, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).

¹⁹⁴ Cap. v, arts. 29-39.

c. El Convenio de 2007 sobre cobro internacional de alimentos

82. El artículo 27 (4) de la CDN recuerda a los padres su responsabilidad primaria sobre las condiciones de vida del niño y establece que, para asegurar la recuperación de la pensión alimenticia en situaciones transfronterizas, los Estados deben cooperar mediante convenios existentes o nuevos¹⁹⁵. Como vimos (*supra* N.º 67), el Convenio de 2007 establece un sistema integral con normas detalladas sobre cooperación administrativa y sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones, en particular, en materia de manutención infantil y manutención conyugal (vinculada), lo cual confiere un contenido concreto y específico al carácter imperativo de la cooperación previsto en la CDN. Como complemento del Convenio, el Protocolo de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, proporciona un régimen de normas de conflicto que permite la autonomía de las partes con respecto a las obligaciones alimenticias entre adultos, y protege a los niños.

d. Convención de 1993 sobre adopción internacional

83. El artículo 21 de la CDN trata específicamente de la adopción internacional. Sus disposiciones han tenido un impacto claro en la redacción de garantías sustantivas y procedimientos del Convenio de La Haya 1993 sobre adopción. Este Convenio contiene disposiciones detalladas sobre el consentimiento informado para la adopción por parte de los padres biológicos originales el niño. No se permite el consentimiento durante el embarazo¹⁹⁶. Los intermediarios están sujetos a acreditación, su personal debe cumplir con ciertos criterios, incluso con respecto a su remuneración, a la luz de la prohibición de «beneficios materiales indebidos»¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Art. 27 (4).

¹⁹⁶ Arts. 4 y 15, véase CDN art. 21 (a).

¹⁹⁷ Arts. 9-12, y 32, véase CDN art. 21 (d).

Además, el Convenio crea una obligación para los Estados de preservar la información sobre el origen del niño, lo que da eficacia a su derecho a la identidad¹⁹⁸.

El Convenio sobre adopción también implementa la importante política de la CDN de que un niño preferiblemente debería encontrar una familia permanente en el país de origen. El Convenio refuerza este «principio de subsidiariedad» al transformarlo en un requisito para cualquier adopción realizada en virtud del mismo. Las autoridades del Estado de origen del niño, *en cada caso individual*, deben primero dar la consideración debida a una solución de cuidado familiar local, antes de autorizar la adopción en el extranjero¹⁹⁹.

La implementación de esta regla plantea desafíos particulares para dichos países, ya que esto requiere una infraestructura socio-jurídica que funcione. Por lo tanto, la Conferencia de La Haya ha desarrollado diversas estrategias, en cooperación con otras organizaciones internacionales como UNICEF, para garantizar el funcionamiento adecuado del Convenio²⁰⁰. Y esto ha funcionado: el Convenio ha estimulado a los países de origen, como Camboya, China, Brasil, Guatemala, Lituania, Filipinas y Tailandia, a tomar medidas para ayudar a las familias a permanecer juntas y desarrollar programas de adopción *doméstica*. Esto también ilustra cómo un instrumento que se ocupa de cuestiones *fronterizas* puede tener importantes efectos indirectos en las políticas socio-jurídicas nacionales.

¹⁹⁸ Art. 30, véase, art. 8 CDN.

¹⁹⁹ Preámbulo y art. 4 (b) del Convenio sobre adopción. Véase art. 21 (b) de la CDN.

²⁰⁰ El «programa de asistencia técnica» más elaborado es el del Convenio sobre adopción de 1993, ICATAP. Véase, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>.

Desafíos globales para el Derecho internacional privado en el horizonte

84. La globalización trae consigo oportunidades, pero también riesgos para las personas, así como para la dignidad humana, el medioambiente e incluso para todo el planeta. Como resultado, nuevos retos para Derecho internacional privado aparecen en el horizonte.

85. La movilidad mundial y el desarrollo tecnológico han dado lugar al nuevo fenómeno de los acuerdos de gestación subrogada transnacionales. Estos acuerdos provocan serios problemas de Derecho internacional privado y de derechos humanos, que podrían abordarse, al menos en parte, a través de una cooperación institucional transfronteriza directa, a nivel mundial, orientada a proteger los derechos de todos aquellos involucrados (*infra* N.ºs 88-93). La migración temporal es otro problema en el que esta misma cooperación –enfocada en las condiciones que rodean al trabajador en su proyecto de migración temporal, según se haya acordado entre el Estado de origen y el Estado receptor– podría contribuir a la gobernanza mundial (*infra* N.ºs 94-104).

86. Con respecto a los daños y amenazas medioambientales, incluyendo los riesgos de cambio climático, su reclamación a través de la litigación civil (transfronteriza) podría ser una herramienta efectiva, no solo para obtener compensación para las víctimas, sino también para contrarrestar y prevenir conductas dañosas. Los problemas del Derecho internacional privado son frecuentemente centrales para estos procedimientos, y la jurisprudencia se está desarrollando alrededor del mundo en temas de jurisdicción

y elección del Derecho aplicable, en particular, en lo concerniente a la responsabilidad de compañías transnacionales. En el horizonte, están emergiendo los contornos de un posible marco global basado en la cooperación judicial y administrativa directa en apoyo a la reclamación privada en asuntos ambientales (*infra* N.ºs 105-149).

A. *Personas en movimiento*

87. El «modelo de La Haya» de cooperación transnacional institucional directa –administrativa y judicial– basada en tratados, en lo que respecta a las relaciones transfronterizas privadas (*supra* N.ºs 16-17 y 62-70), ha probado ser una herramienta efectiva para ayudar a las familias y a los niños a superar algunos de los mayores riesgos que la globalización puede causar en sus relaciones mutuas. El modelo ha encontrado su camino, más allá de la Conferencia de La Haya, en tratados multilaterales elaborados por las CIDIP en las Américas, en los Convenios del Consejo Europeo, así como en regulaciones de la UE, que cubren áreas similares a los Convenios de La Haya. Pero también tiene potencial con respecto a los nuevos problemas del Derecho de familia que requieran cooperación transfronteriza directa, incluyendo acuerdos de gestación subrogada transnacionales, y, más allá del tema del Derecho de familia, la migración transfronteriza temporal.

1. ACUERDOS TRANSNACIONALES DE GESTACIÓN SUBROGADA

a. Diversidad de leyes sustantivas, interacción con los derechos humanos

88. Los acuerdos de gestación subrogada permiten a parejas y a personas solteras convertirse en padres con la asistencia de una mujer, que gesta y da a luz al bebé, les entrega al hijo y se despoja de todos los derechos relacionados a este. Si bien en la maternidad subrogada tradicional la mujer está relacionada genéticamente

al bebé, en la maternidad gestacional subrogada (gestación subrogada) no lo está, y el feto es creado por fertilización *in vitro* con una donante de óvulos y uno de espermatozoides. Usualmente, el acuerdo subrogatorio es de carácter comercial. Ahora que la tecnología médica necesaria está disponible en el mercado mundial, los que quieran ser padres podrían entrar en estos acuerdos en países extranjeros donde tal tecnología se ofrezca, haya mujeres dispuestas a actuar como gestantes y la ley no prohíba el acuerdo de subrogación.

89. Dado que las legislaciones en cuanto a los acuerdos de gestación subrogada difieren ampliamente, han brotado serios problemas de Derecho internacional privado. En general, los sistemas jurídicos de los países pueden clasificarse en cuatro categorías con respecto a su normativa sustantiva sobre estos acuerdos²⁰¹:

i. Países que prohíben estrictamente todas las formas de gestación subrogada. Francia es un ejemplo emblemático²⁰². Austria, Alemania, Suiza, Suecia y algunos estados de los Estados Unidos (p. ej., Michigan, Nueva York y el Distrito de Columbia) también pertenecen a este grupo.

ii. Países donde la gestación subrogada se encuentra expresamente legalizada, pero bajo estrictas condiciones. Generalmente prohíben la subrogación comercial, e imponen unas estrictas condiciones

²⁰¹ Véase, Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (Hannah BAKER), *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, 2012, pp. 9-18, <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, y el reporte subsecuente: *The desirability and feasibility of further work on the Parentage. Surrogacy Project*, 2014, <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a->, acompañando al *Study of Legal Parentage and the issues arising from International*, <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

²⁰² *Code civil*, art. 16-7: «*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*».

relativas al domicilio o residencia de los padres intencionales o la madre sustituta. El Reino Unido, Grecia, Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda, y varios estados de Estados Unidos (p. ej., Washington, Virginia y New Hampshire) pertenecen a este grupo.

iii. Países que no prohíben ni permiten expresamente la gestación subrogada, pero consideran cualquier acuerdo subrogatorio nulo e inejecutable. Estos países incluyen a Bélgica, Los Países Bajos, Irlanda y España.

iv. Países con enfoques liberales sobre los acuerdos subrogatorios. Estos países permiten a los padres intencionales (o a uno de ellos) obtener la filiación legal, sin imponerles requisitos de nacionalidad, domicilio o residencia habitual. Ejemplos actuales de esos países son India, Uganda, Ucrania, un largo número de estados de los Estados Unidos, y Rusia.

90. La perspectiva doméstica de un país frente a los acuerdos de gestación subrogada, informará sus enfoques con respecto a los acuerdos transfronterizos. Un Estado que se clasifique en las categorías i o ii, posiblemente en la iii, estará inclinado, según sus reglas de Derecho internacional privado, a condenar dichos acuerdos como contrarios a su orden público, o como una evasión de sus leyes. Además, tenderán a negar la inscripción del niño nacido en el extranjero en sus registros civiles como hijo de los padres solicitantes y a concederle su ciudadanía al mismo. Los países en la categoría iv, por otro lado, no impondrán ningún requisito de nacionalidad, domicilio o residencia habitual a los padres intencionales. Como resultado, si los padres intencionales de un país restrictivo celebran un acuerdo subrogatorio en un país liberal, es probable que el acuerdo sea legalmente válido y sea otorgada la paternidad a los padres interesados (o al menos a uno), conforme a las leyes de este último, pero no conforme a las del primero.

91. Tal como en otras situaciones, los derechos humanos pueden venir al rescate e imponerse sobre todas las reglas muy rigurosas del Derecho internacional privado, para favorecer del interés superior del niño. En el 2014, el TEDH intervino en dos casos de gestación subrogada: *Menesson vs. Francia*²⁰³ y *Labassee vs. Francia*²⁰⁴. En ambos casos, las relaciones paterno-filiales entre los niños y los padres intencionales habían sido legalmente establecidas en los Estados Unidos (California y Minnesota), pero las autoridades francesas se habían rehusado a inscribir las actas de nacimiento en sus registros civiles. Los tribunales franceses sostuvieron que el registro de esos actos sería contrario al principio de inalienabilidad del estado civil y que daría efecto a un acuerdo subrogatorio que era nulo bajo la legislación francesa. El TEDH, por otro lado, respetó a las políticas del Gobierno francés y determinó que no había una violación del artículo 8 del CEDH con respecto al *derecho de los padres intencionales a una vida en familia*.

Por otro lado, sin embargo, el Tribunal sí concluyó que se había violado el artículo 8 en cuanto al *derecho del niño a una vida privada*, incluyendo el derecho de establecer la esencia de su identidad con respecto al padre intencional, que además era su padre genético.

La jurisprudencia del TEDH deja muchas interrogantes sin respuesta, p. ej., si debe dársele efectos a una relación paterno-filial legalmente establecida en el exterior con respecto a los padres sin relación genética²⁰⁵. Otros problemas de derechos humanos incluyen

²⁰³ TEDH, 26 de junio de 2014, aplicación 65192/11.

²⁰⁴ TEDH, 26 de junio de 2014, aplicación 65941/11.

²⁰⁵ «*The main drawbacks of the ECtHR's approach are that it offers only an ex post facto solution to some the issues surrounding cross-border surrogacy and that it is based solely on the recognition method*», P. BEAUMONT y K. TRIMMINGS, «*Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*», G. BIAGIONI et al., *Migrant Children in the XXI Century*. Ed. Scientifica, 2016, próximamente.

la explotación de la mujer, el abandono de los niños no obstante el acuerdo subrogatorio, el consentimiento de la madre subrogada y los abusos de los intermediarios, especialmente en los países en vías de desarrollo. Esto ha ocasionado que un número de estos países reconsiderasen sus políticas amigables con respecto a la gestación subrogada. Tailandia ha prohibido por completo la gestación por subrogación, y, en India, hay legislación pendiente que va encaminada a la restricción de los acuerdos subrogatorios²⁰⁶.

b. ¿Hacia un instrumento global de acuerdos transfronterizos de gestación subrogada?

92. Obviamente, ni el «método de reconocimiento» (*supra* N.º 76), ni el «método conflictual alternativo» (*supra* N.º 77), son suficientes para atender los múltiples problemas involucrados. En efecto, es difícil concebir cómo sin alguna forma de *cooperación* permanente entre Estados, respaldada por un marco de tratado internacional (*supra* N.º 78), podría desarrollarse una práctica sostenible que respete las amplias diferencias entre las legislaciones y las políticas de los países, y al mismo tiempo proteja los derechos humanos, especialmente los del niño y la madre subrogada. Bajo ese marco cooperativo todos los Estados participantes declararían sus políticas con respecto a los acuerdos subrogatorios (y cualquier cambio en estas políticas); asimismo aceptarían –incluso los países con posiciones «amigables» a la gestación subrogada– algunas de las más básicas salvaguardas sustantivas y procedimentales para proteger los derechos fundamentales del niño, la madre sustituta y los padres intencionales²⁰⁷.

²⁰⁶ A. y R. MALHOTRA, *International Indians and the Law*, 3.^a ed., New Delhi, Universal Law Publishing, 2015, pp. 236 y ss., pp. 610 y ss.

²⁰⁷ Véase Y. ERGAS, «Thinking 'Through' Human Rights: The Need for a Human Rights Perspective With Respect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy», en TRIMMINGS y BEAUMONT, *op. cit.*, pp. 427 y ss.

Además, los Estados con políticas más liberales respetarían las preocupaciones de los Estados más restrictivos, al admitir en los procedimientos de subrogación con asistencia médica, solo a aquellos extranjeros que tienen permitido participar en acuerdos subrogatorios conforme a las leyes de su Estado de origen, y puedan demostrar este aspecto²⁰⁸. En cualquier caso, los intermediarios deberían ser sometidos a ciertas medidas de control²⁰⁹. Adicionalmente, si la filiación padre-hijo entre el niño y los padres intencionales es válida, de acuerdo al Estado de nacimiento, y se reconoce también en el país de origen de los padres, entonces, en principio, todos los demás Estados deberían reconocer dicha filiación²¹⁰.

93. Se ha sugerido que el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional podría servir como modelo para dicho marco²¹¹. Este instrumento fue negociado en el contexto de un consenso más amplio del que existe actualmente, o podría esperarse en un futuro cercano, para los acuerdos de gestación subrogada transnacionales. Aun así, presenta características—incluyendo la idea de una división de responsabilidades en combinación con la cooperación entre países, estándares de consentimiento mínimos, control de intermediarios, acceso a los registros natales, reconocimiento de la filiación padre-hijo— que podrían servir como inspiración para un marco cooperativo global sobre gestación subrogada transnacional.

²⁰⁸ De hecho, la reglamentación actual de la visa india va en esa dirección y requiere de los padres demostrar que el Derecho de su Estado permite los acuerdos de subrogación.

²⁰⁹ Véase H. BAKER, «*A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There «Lessons» to be Learnt from the 1993 Hague Inter-country Adoption Convention?*», *ibid.*, pp. 411 y ss.

²¹⁰ M. S. NAJURIETA, «*L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant*», *Recueil des cours*, Vol. 376, 2014, pp. 334-362.

²¹¹ TRIMMINGS y BEAUMONT, *op. cit.*, pp. 531 y ss. Su propuesta lleva la analogía más allá de lo que sería realista dada la diversidad de enfoques, como lo establecen en su libro. Por ejemplo, no está claro cómo se esperaría que países

Sobre la base de una extendida labor preparatoria, la Conferencia de La Haya ha establecido un grupo de expertos para atender este asunto en el contexto más amplio de la filiación transnacional²¹².

Pero el «modelo de La Haya» bien pudiera tener potencial más allá del Derecho internacional privado *strictu sensu*.

2. MIGRACIÓN TEMPORAL

94. La migración existe desde el inicio de los tiempos, porque la gente busca mejorar su situación económica, o la de su familia que se queda atrás, en otros lugares («factores de atracción»), o porque busca escapar de las carencias de perspectiva económica, la persecución, la guerra, violaciones de derechos humanos y desastres naturales («factores de empuje»). Pero en el siglo XXI, la migración ha alcanzado una escala sin precedentes dentro de los países, como resultado de una acelerada urbanización²¹³, y a través de las fronteras, como resultado de la globalización²¹⁴. La dinámica de atracción y empuje se ve reforzada por una comunicación instantánea de bajo costo y por el transporte rápido («factores de red») en todo el planeta. La migración transfronteriza ocurre tanto dentro las grandes regiones del mundo

más liberares impusieran o requirieran una prueba de idoneidad de los padres intencionales, ni tampoco si deberían hacerlo. Para un análisis más detallado, véase, BAKER, *op. cit.* Y véase M. WELLS-GRECO, *The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements*, The Hague, Eleven, 2016.

²¹² El desarrollo del proyecto puede ser seguido a través de la página *web* de la Conferencia de la Haya: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

²¹³ La migración interna de China ahora ha alcanzado una escala sin precedentes. K. W. CHAN y P. BELLWOOD, «China, internal migration», I. NES (ed.), *The Encyclopedia of Global Migration*. Wiley Blackwell Publishing, 2013, p. 1.

²¹⁴ Se estima que el número de migrantes internacionales se ha duplicado en los últimos 25 años hasta alcanzar el número de 230 millones. ONU SG, *International Migration and Development*, A/69/207, 2014. En migración transfronteriza, en general, véase S. CASTLES, H. DE HAAS y M. J. MILLER, *The Age of Migration*, (5.^a ed), Londres, Palmgrave Macmillan, 2014.

como entre esas regiones, con una clara tendencia hacia las regiones desarrolladas, desde las que están en vías de desarrollo²¹⁵. Con este aumento en escala, el problema ha crecido en complejidad y está cada vez más vinculado con otros importantes problemas globales, como la seguridad, el comercio, el desarrollo, el medioambiente y los derechos humanos²¹⁶.

95. A pesar de que es un problema creciente en muchas partes del mundo, la migración transfronteriza es actualmente un «agujero negro» de la gobernanza global. No existe un régimen sobre la movilidad humana transfronteriza similar a los sistemas de circulación de capital y comercio de bienes, a nivel global. La migración es esencialmente dejada en manos de las políticas públicas nacionales unilaterales, incluso –respecto de terceros países– en un área integrada como la UE²¹⁷. Un marco jurídico global para las personas en movimiento solo existe para una categoría específica de migrantes, *los refugiados*: la Convención de NU sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Con respecto a los migrantes *económicos*, la Convención internacional de NU sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, la cual provee amplios derechos sustanciales para los migrantes, ha sido ratificada esencialmente por países en desarrollo²¹⁸.

²¹⁵ En las primeras etapas de desarrollo, el flujo migratorio incluso se *incrementa* con el desarrollo del país. Véase H. DE HAAS, *Migration transitions: A theoretical and empirical inquiry into the development drivers of International migration*, Working Papers, Paper 24, Oxford, International Migration Institute, Oxford University, 2010.

²¹⁶ Véase Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, *Migration in an interconnected world: New directions for action*, Ginebra, 2005, www.gcim.org.

²¹⁷ Sobre la limitada y dispersa cooperación de la UE con terceros países, véase el estudio preparado por el Parlamento Europeo, *EU Cooperation with third countries in the field of migration*, Bruselas, 2015. http://www.europarl.europa.eu/regdata/etudes/stud/2015/536469/ipol_stu%282015%29536469_en.pdf.

²¹⁸ Es cierto que este instrumento es ambicioso en cuanto a su cobertura –cubre tanto migración temporal y permanente, como legal e ilegal–, lo cual

a. Migración y Derecho internacional privado

96. El vínculo entre la migración y el Derecho internacional privado es obvio. La migración es una fuente mayor de conflictos de jurisdicción de tribunales y autoridades, de Derecho aplicable, y de reconocimiento y ejecución de sentencias, así como de otros actos públicos²¹⁹. La actitud hacia la migración puede impactar en las políticas de Derecho internacional privado, p. ej., en la elección entre la nacionalidad o el domicilio-residencia habitual, como factores de conexión para determinar la jurisdicción y el Derecho aplicable en temas del estado civil de las personas y la familia²²⁰. También puede influir en la disposición del Estado de adentrarse en negociaciones o suscribir instrumentos internacionales sobre Derecho internacional privado. Por ende, las políticas migratorias pueden impactar sobre las estrategias de Derecho internacional privado. Pero, ¿puede el Derecho internacional privado, a la inversa, contribuir a la gobernanza con respecto a la migración?²²¹.

puede haber apartado a los países industrializados. Aun así, varias de sus disposiciones forman parte del catálogo básico de derechos humanos y no agregaría cargas adicionales sobre dichos Estados. Además, pueden formularse reservas. Su ratificación por países industrializados sería un valioso paso hacia la creación de un sistema mundial sobre estándares mínimos con relación a la migración laboral. Véase, *Groupe européen de droit international privé/European Group for Private International Law, Declaration on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union, Recommendation 2 b*), <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-25bis.htm>.

²¹⁹ La interrelación entre ambos temas es reconocida en la tradición del Derecho internacional privado francés, la cual abarca la *condition des étrangers*, incluyendo la inmigración. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ve a la inmigración y al Derecho internacional privado como componentes del Área de Libertad, Seguridad y Justicia (Cap. v).

²²⁰ Véase V. VAN DEN EECKHOUT, *Private International Law Questions that Arise in the Relation between Migration Law (in the Broad Sense of the Word) and Family Law: Subjection of PIL to Policies of Migration Law?* https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=2203729.

²²¹ Véase S. CORNELOUP, «*Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance?*», MUIR WATT y FÉRNANDEZ ARROYO, *op. cit.*, pp. 301 y ss.

97. De hecho, muchos exitosos Convenios de La Haya proporcionan soluciones para personas individuales y familias, y, por tanto, para los Estados, a los problemas que surgen de diversos aspectos de la migración transfronteriza. El Convenio sobre adopción de 1993 constituye un ejemplo de un instrumento dirigido a controlar la migración de una categoría específica de niños, que facilita y regula tal migración cuando esto sea mejor para su interés superior, y la combate, cuando no lo sea. Otros tratados de La Haya que se ocupan de cuestiones relevantes para la migración, incluyen el Convenio sobre la apostilla, el Convenio sobre testamentos de 1961, el Convenio sobre sustracción de menores de 1980, el Convenio sobre protección de los niños de 1996, el Convenio sobre protección de adultos de 2000 y los convenios sobre obligaciones alimenticias de 1973 y 2007.

b. ¿Hacia un instrumento de gobernanza mundial sobre migración temporal?

98. El «modelo de La Haya» bien puede contener los gérmenes de un marco global para los tratados multilaterales que contribuya a promover una mejor coordinación a nivel nacional, así como una cooperación institucional directa a través de las fronteras²²². Un abordaje de la migración desde el Derecho internacional privado se hace recomendable debido a su enfoque en asuntos personales y de familia. Un abordaje *multilateral* tiene la ventaja de brindar múltiples experiencias y perspectivas jurídicas, económicas y culturales a las negociaciones y al marco resultante. Reuniones de *control* periódicas incrementarían gradualmente la cooperación y el mutuo entendimiento global²²³.

²²² Ambos son necesarios. Véase, Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, *op. cit., passim*, observando, «*migration is an inherently transnational issue, requiring cooperation between states at the sub-regional, regional and global levels*», p. 3.

²²³ Una propuesta a este efecto, presentada por la Oficina Permanente como un posible tema a abordar bien en la Conferencia de La Haya o en algún otro foro

99. Considerando la escala, la complejidad y lo sensible de la migración, se recomienda un enfoque incremental en áreas de suficiente *interés común* para la cooperación entre los Estados de origen, tránsito y destino de los migrantes. Sin lugar a dudas, ese tipo de interés común existe en los países que establecen programas de migración temporal o circular (migrantes regularmente que regresan a su país de origen), primordialmente para trabajadores. Los exitosos resultados de este tipo de proyectos de migración requerirán por lo general de alguna forma de cooperación institucional entre los Estados involucrados. De hecho, ya existe un número de acuerdos *bilaterales* sobre migración temporal o circular²²⁴.

Es probable que los programas de migración *temporal* atraigan cada vez más a países de destino, los cuales, por un lado, a menudo enfrentan escasez de trabajadores en sectores específicos de la economía, y por el otro, rechazan públicamente la inmigración *permanente*; pero también pueden atraer a países de origen, los cuales obtendrían mayores beneficios de los migrantes retornados

—quizás *ad hoc*—, se discutió en la Conferencia de 2006 a 2013. Fue retirada por iniciativa de la propia Oficina Permanente, dado que no se pudo alcanzar un consenso sobre la propuesta en ese momento. Véase *Some reflections on the utility of applying certain techniques for international cooperation developed by the Hague Conference on Private International Law to issues of international migration*, General Affairs and Policy, Preliminary Document N.º 8 (2006); Actualizaciones: Prel. Doc. N.º 23 (2007); Prel. Doc. N.º 6 (2008); Prel. Doc. N.º 8 (2009); Prel. Doc. N.º 7 (2010), <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive-2000-2015->; Reuniones de 2006-2010, y, véase, del autor, «*Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale*», *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 419 y ss.

²²⁴ Por ejemplo, varios acuerdos bilaterales entre países latinoamericanos y España se ocupan de un número de aspectos de migración temporal. La migración temporal o circular también figura prominentemente en varias Asociaciones de Movilidad establecidas entre varios Estados miembros de la UE y terceros países, en el marco del *Global Approach to Migration and Mobility* de la UE en 2005, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/global-approach-to-migration/index_en.htm.

(capaces de compartir su *know-how* y otros recursos, incluyendo conexiones adquiridas en el exterior), que de los migrantes que se vayan permanentemente, en «fuga de cerebros», como posible resultado adverso. En efecto, en un mundo interconectado, «el viejo paradigma del migrante permanentemente establecido, está cediendo progresivamente frente a la migración temporal y circular»²²⁵.

100. Tres aspectos en particular de la migración temporal se prestarían para una forma de cooperación institucional directa basada en el marco de un tratado multilateral: i. implementar programas de migración; ii. lucha contra el tráfico y contrabando a través de un sistema de licencias y control con respecto a los intermediarios, y iii. facilitar la transferencia de remesas de manera sencilla, económica y segura.

i. Cooperación para la implementación de programas de migración temporal

101. Para lograr que estos programas funcionen, tanto los países de origen como los países receptores, bajo un marco mundial multilateral, asumirían ciertas responsabilidades, y consultarían y cooperarían de manera regular. P. ej., los países de origen deberían garantizar que los migrantes tengan la documentación adecuada, la libertad de abandonar el país, asistencia para mantener contacto con sus familias, así como el derecho a regresar y reintegrarse. Los países de destino proporcionarían información completa a los migrantes, antes de su salida del país de origen,

²²⁵ «Each year, for example, some two million Asian workers leave their own countries to work under short-term employment contracts, both within and outside the region», *Global Commission on International Migration, op. cit.*, p. 31, refiriéndose a las oportunidades de desarrollo que esto genera para los países de origen, y también sugiriendo ciertas cuestiones que los Estados, patronos, sindicatos, entre otros, deben considerar cuidadosamente cuando diseñen programas de migración temporal, *ibid.*, p. 18.

sobre sus derechos, obligaciones y condiciones de trabajo, incluyendo el requerimiento de regresar a su país una vez terminado su contrato, proveer las visas y permisos de trabajo necesarios, controlar la implementación de los permisos de trabajo y residencia, etc. Estos cooperarían para establecer centros de reclutamiento en el país de origen, proveerían programas de formación y organizarían el regreso de los migrantes. Un sistema de cooperación administrativa a través de puntos focales nacionales («Autoridades Centrales») aseguraría la coordinación interna de la implementación del programa, y la comunicación y cooperación con las contrapartes, en otros países que participen en el marco de dicho tratado multilateral.

ii. Cooperación para el establecimiento y control de un sistema de licencias y regulación de intermediarios que faciliten la migración

102. Los países de origen, de destino y de tránsito, y sobre todo los propios migrantes, con frecuencia enfrentan abusos terribles debido a la participación de traficantes y agentes inescrupulosos en el movimiento de las personas a través de las fronteras internacionales²²⁶. Si bien la lucha contra el crimen y estos abusos, dentro y entre los países involucrados, continúa demandando grandes esfuerzos, estos se verían respaldados por un enfoque que empieza por el otro extremo: los países acordarían ciertos requisitos mínimos de expertise, experiencia, estructura financiera, objetivos y supervisión, a los cuales debería estar sujeta cualquier agencia involucrada en el reclutamiento de migrantes internacionales, y establecerían un sistema de licencias sobre esa base. La licencia y supervisión de estos agentes podría ser responsabilidad de los puntos focales gubernamentales designados bajo el marco del tratado.

²²⁶ Los abusos pueden adoptar la forma de trata (la transferencia coactiva o engañosa de personas independientemente de su voluntad con el propósito de explotación) o contrabando (transacción consensuada con el objeto de evadir los controles migratorios), pero en la práctica, ambas figuras son usualmente difíciles de distinguir.

iii. Cooperación para facilitar la transferencia de remesas de manera sencilla y económica

103. Las remesas enviadas a los hogares por migrantes internacionales suelen ser con frecuencia vitales para sus familias, e incluso, sus comunidades, y una importante fuente de ingresos para muchos países de origen. Aquí los Estados tienen el rol de asegurar que esas transferencias de dinero sean económicas, rápidas y seguras²²⁷. Esto también reduciría el riesgo de que los migrantes y sus dependientes tengan que recurrir a redes clandestinas de lavado de dinero. Los entes focales gubernamentales que se hayan designado en países de destino, deberían tomar una serie de medidas para facilitar el acceso al mercado financiero y asegurar su transparencia; y en los países de origen, asegurarse de que las familias, incluso en áreas remotas, tengan acceso a los servicios financieros y reciban el dinero.

104. La cooperación institucional con estos tres objetivos requeriría un ligero y flexible marco de tratado multilateral. Sería necesario su carácter vinculante para apoyar la infraestructura institucional, pero dejándole la libertad a los Estados para restringir libremente el movimiento transfronterizo de personas de la siguiente manera: el tratado solamente apoyaría programas migratorios *mutuamente acordados por los Estados de origen y destino*. El proceso de negociación debería estar bien preparado, ser incremental e inclusivo, y contar con la participación de organizaciones internacionales, asociaciones de migrantes, representantes del sector financiero, organizaciones microfinancieras, etc.

²²⁷ Véase, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, adoptada por los líderes mundiales en 2015, Objetivo 10.c: «De aquí a 2030, reducir a menos del 3 % los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5 %», <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>; actualmente, enviar remesas cuesta un promedio de un 7.5 % de la cantidad enviada, <https://remittanceprices.worldbank.org/en>.

En muchos aspectos, el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción –tanto en su preparación como en su resultado– podría servir de ejemplo²²⁸.

Al igual que en el caso del Convenio de 1993, reuniones periódicas de los Estados parte, representados por sus entes gubernamentales especializados, para revisar el funcionamiento práctico del tratado, con la participación de representantes de las personas interesadas y la sociedad civil, brindarían información invaluable sobre prácticas en curso, promoverían mejores procesos, estimularían nuevas iniciativas, etc. Estas reuniones también generarían confianza y harían posible, en una etapa posterior, ampliar la cooperación a otras cuestiones migratorias, como los derechos a la seguridad social y a la pensión, problemas de documentos relativos al estado civil –que pueden involucrar cuestiones de Derecho aplicable– o migración temporal de estudiantes y pasantes.

B. Medioambiente y cambio climático

1. MEDIOAMBIENTE

105. En contraste con la migración, donde claramente falta un marco normativo global, no hay una carencia de principios globales y normas –tanto escritas como no escritas, «duras» y «blandas»– en lo concerniente al medioambiente. Pero su eficacia plantea problemas, particularmente cuando se trata de implementar estas normas dentro del ordenamiento jurídico interno²²⁹. Si bien existe una abundancia de principios más o menos aprobados

²²⁸ También como hasta ahora, el Convenio no impone obligación alguna a los Estado de enviar o recibir niños con fines de adopción –solamente ofrece un marco legal para los casos en que el Estado de origen y el Estado receptor estén de acuerdo con el traslado del niño–.

²²⁹ Véase en general, S. MALJEAN-DUBOIS y L. RAJAMANI (eds.), *Implementation of International Environmental Law/ La mise en œuvre du droit international*

generalmente²³⁰, estos, aun asumiendo que pueden ser invocados en tribunales nacionales, raramente proporcionan resultados específicos, debido a su naturaleza abstracta²³¹.

106. Por lo que respecta a los tratados, estos usualmente señalan cursos de acción (a largo plazo) que deben ser observados por los Estados, en vez de obligaciones vinculantes concretas, de las cuales puedan derivar derechos y obligaciones de los ciudadanos²³². En este sentido, se diferencian de los instrumentos globales y regionales de derechos humanos y de Derecho internacional privado, los cuales están generalmente elaborados en un lenguaje tal, que pueden invocarse directamente por aquellos afectados y ser aplicados por tribunales y otras autoridades. Así, tanto los *derechos humanos* como el Derecho internacional privado, a menudo en combinación, juegan un rol predominante en el avance y la aplicación efectiva del Derecho ambiental.

a. Rol de los instrumentos y procedimientos de los derechos humanos globales y regionales

107. El nombramiento por las NU, primero de un experto independiente y luego de un Relator Especial sobre derechos humanos

de l'environnement, The Law Books of the Academy, Leiden etc., Nijhoff, 2011, en particular, Cap. 13, M. FRANCHETEAU-LARONZE, «*L'application du droit international de l'environnement par le juge national, éléments d'analyse comparative*», pp. 607 y ss.

²³⁰ El principio de precaución, principio de prevención, principio no dañoso, principio de sostenibilidad y equidad intergeneracional, principio de quien contamina paga, etc.

²³¹ *Los 2015 Oslo Principles on Global Climate Change Obligations, with commentary*, preparados por el *Expert Group on Global Climate Obligations, The Hague, Eleven, 2015*, «*seek [...] to overcome the generally abstract nature of previous efforts to define the scope of legal obligations to climate change*», p. 1.

²³² Los instrumentos que establecen la responsabilidad del contaminador para clases específicas de personas se limitan principalmente al transporte de petróleo o cargas inherentemente peligrosas y la operación de establecimientos nucleares.

y el medioambiente, ilustran el creciente reconocimiento mundial de los vínculos entre los derechos humanos y el ambiente²³³. Algunos instrumentos recientes sobre derechos humanos prevén expresamente un derecho (colectivo) a un medioambiente sano, que puede ser invocado en tribunales. En *SERAP vs. Nigeria*, un caso de interés público, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, sobre la base de tal disposición expresa, contenida en la Carta Africana de Derechos Humanos²³⁴, determinó que Nigeria había violado sus obligaciones frente a una ONG nigeriana, por no hacer lo suficiente para proteger el Delta del Níger de contaminación petrolífera²³⁵. Este caso fue precedido por una decisión similar de la Comisión Africana de Derechos Humanos en aplicación de la Carta africana²³⁶.

²³³ Véase *Mapping Report of the Independent expert on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, John H. Knox, A/HCR/25/53 (diciembre 2013) basado en 14 reportes individuales relacionados con los sistemas de derechos humanos regionales y globales e instrumentos ambientales internacionales, y complementado por el *Focus report on human rights and climate change* (junio 2014), en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Environment/SREnvironment/Pages/MappingReport.aspx>.

²³⁴ Art. 24 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos: «*All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favorable to their development*».

²³⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad ECOWAS, 14 de diciembre 2012, *SERAP vs. la República Federal de Nigeria*. La Corte ordenó al Gobierno nigeriano que asegurara la recuperación del Delta del Níger, dañado por explotación petrolera, para prevenir daños mayores y para acreditar la responsabilidad de sus actores, http://www.courtecowas.org/site2012/pdf_files/decisions/judgements/2012/serap_v_federal_republic_of_nigeria.pdf.

²³⁶ La decisión (dictada *ex parte*, en vista de que el Gobierno nigeriano no estuvo representado) también era un caso de interés público concerniente al daño presuntamente causado por la explotación de petróleo del Delta de Níger, incoado por un nigeriano y una ONG con sede en Nueva York, en contra de Nigeria. La Comisión encontró violaciones al art. 24 y a un número significativo de otras disposiciones de la Carta Africana, Comunicación 115/96, comunicado a las partes del 6 de junio 2001, en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96b.html>.

108. Además, las disposiciones de los tratados globales y regionales sobre derechos humanos que no van dirigidas específicamente al medioambiente, se están invocando con éxito ante organismos de derechos humanos y tribunales, en respaldo de obligaciones *procedimentales* y *sustantivas* de los Estados con relación al daño ambiental. Se ha considerado que tales obligaciones procedimentales incluyen el deber de proveer a las personas de *acceso a información* ambiental y permitirles evaluar de antemano posibles daños al medioambiente, *participar* en decisiones referentes al ambiente y tener *acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos*²³⁷. Las obligaciones *sustantivas* envuelven el deber del Estado de adoptar e implementar un marco normativo para lograr un balance justo entre la protección del medioambiente y otros intereses, así como proteger a las personas, incluyendo a los grupos vulnerables como los niños, mujeres o los pueblos indígenas, frente al daño ambiental ocasionado por agentes privados, también en casos transfronterizos²³⁸.

Con respecto al CEDH, por ejemplo, el TEDH ha derivado tales obligaciones tanto del artículo 2 (derecho a la vida) como del artículo 8 (derecho a la vida privada y la vida familiar)²³⁹. La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido explícitamente a la jurisprudencia del

²³⁷ El respaldo a los derechos adjetivos en materia ambiental viene del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el medioambiente y el desarrollo de 1992, A/Conf.151.151/26 (Vol. 1) 13 junio 1992, 31 ILM 874, la cual en cambio, ha servido de inspiración para el Convenio de Aarhus sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas ambientales de la UNECE. Véase, *infra* N.ºs 148 y 149.

²³⁸ Para más detalles, ver el *Mapping Report* de John Knox, *op. cit.*

²³⁹ Véase, p. ej., TEDH 9 de diciembre 1994, petición 16798/90, *López Ostra vs. España*; 30 de noviembre 2004, petición 48939/99, *Öneryıldiz vs. Turquía*; 10 de noviembre 2004, petición 46117/99, *Taşkın y Otros vs. Turquía*; y recientemente el 24 julio de 2014, peticiones 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11, *Brincat y Otros vs. Malta*.

TEDH y, en un paso más allá, han interpretado la Convención interamericana de derechos humanos de manera que se refuerce la dimensión del interés público de los problemas ambientales²⁴⁰.

b. Litigación civil transnacional

109. La presión creciente sobre el medioambiente como resultado de la actividad económica, que frecuentemente tiende a no asumir, sino a exteriorizar sus efectos ambientales adversos, perjudicando así las condiciones de vida de las personas y, en efecto, sus vidas, también conlleva una creciente litigación civil en tribunales domésticos²⁴¹. A través de demandas civiles los ciudadanos buscan soluciones para reparar los daños, o medidas judiciales para detener o reducir el daño ambiental. La mera posibilidad de exposición a tales acciones legales en materia ambiental, con el riesgo de tener que pagar grandes indemnizaciones y ver perjudicada su reputación, puede influenciar la conducta de los agentes económicos en lo concerniente a los efectos ambientales de sus operaciones, lo que los llevaría a transigir las demandas e indemnizar los daños en una etapa temprana, o a reducir o terminar las actividades que puedan perjudicar al ambiente. Dichas acciones, usualmente, por ser litigios de interés público, pueden basarse en el Derecho nacional de responsabilidad extracontractual, en el Derecho constitucional, o en el Derecho internacional público global o regional. Cada vez más se sustentan sobre una combinación de estos diferentes cuerpos jurídicos, conduciendo así a procesos de múltiples niveles²⁴².

²⁴⁰ P. ej., CTIDH 28 de noviembre 2007, *Saramka vs. Surinam*, y 27 de junio 2012, *Kichwa, población indígena de Sarayaka vs. Ecuador*, en la cual la Corte apoya los derechos colectivos de las poblaciones indígenas en materia ambiental. Véase R. PAVIONI, «*Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights-Comparative Insights*», B. BOER, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, OUP, 2015, pp. 69 y ss.

²⁴¹ Véase, de manera más amplia, R. WAI, «*Private vs. Private – Transnational Private Law and Contestation in Global Economic Governance*», MUIR WATT y FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, pp. 34-53.

²⁴² Véase FRANCHETEAU-LARONZE, *op. cit.*

110. Como un resultado de la interdependencia global y regional, las acciones legales frecuentemente se extenderán *más allá* de las *fronteras nacionales*, ya sea porque el daño ambiental y el evento que lo cause se encuentran en Estados diferentes –p. ej., por los *efectos* transfronterizos del daño– o porque la acción legal es incoada contra una compañía transnacional en los tribunales de su Estado –o de un tercer Estado en donde se realice el negocio, típicamente los Estados Unidos– por los daños ambientales supuestamente causados por tal compañía, sus subsidiarias o contratistas, en el Estado anfitrión en donde están operando. En el último caso, el elemento transfronterizo no es el efecto del daño, sino la *estructura corporativa legal* o la *organización económica* de la compañía²⁴³.

111. El Derecho internacional privado juega frecuentemente un rol clave en ese tipo de litigios. Las normas de conflicto designarán la ley sustantiva aplicable, que determinará si los actores económicos pueden ser responsables por las actividades dentro de su país o en el exterior, y en qué medida. Las reglas sobre atribución de jurisdicción determinarán si están sujetos a ser demandados y dónde; y, asimismo, para el caso de compañías transnacionales, si tales demandas pueden incluir a sus subsidiarias o contratistas, por las actividades realizadas en el Estado en que operan.

Este rol crucial del Derecho internacional privado puede incitar a los legisladores a usarlo con el objeto de proporcionar a los ciudadanos un alivio para el daño ambiental transfronterizo, e influenciar la conducta ambiental de los actores económicos más allá de las fronteras:

²⁴³ J. EBBESSON, «*Transboundary corporate responsibility in environmental matters: fragments and foundations for a future framework*», G. WINTER (ed.), *Multilevel Governance of Global Environmental change*, Cambridge etc., CUP, 2006, pp. 200 y ss. *Idem.*, «*Piercing the state veil in pursuit of environmental justice*», J. EBBESSON y F. OKAWAS (eds.), *Environmental Law and Justice in Context*, Cambridge, etc., CUP, 2009, pp. 270 y ss.

c. El Derecho internacional privado como instrumento de políticas ambientales

112. Que el Derecho internacional privado pueda tener un rol de fortalecer las políticas de Derecho público dirigidas a proteger a víctimas de daño ambiental transfronterizo, es algo que ha sido reconocido por la normativa de la UE. De conformidad con el artículo 4 (1) del Reglamento Roma II en cuanto al Derecho aplicable a obligaciones no contractuales, la ley aplicable en materia de daños transnacionales generalmente es «la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño». Adicionalmente, hay una provisión *especial* encargada de lidiar con los daños *ambientales*. De conformidad con el artículo 7: «La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño». La elección queda sujeta a la voluntad del demandante, sea de la UE o sea foráneo, respecto al daño ambiental que haya ocurrido dentro o fuera de la UE.

El considerando (25) del Reglamento justifica esta elección del Derecho aplicable al referirse al Tratado (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 191), el cual establece los objetivos de las políticas de la Unión sobre el ambiente, y sus principios básicos, incluyendo que el contaminante debe pagar.

113. Qué ley aplica en casos ambientales transnacionales es importante, pero cuando se trata de litigios, la primera pregunta es cuáles tribunales, si los hay, tienen jurisdicción para conocer el caso. En contraposición a lo establecido en Roma II, el Reglamento Bruselas I sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales (refundido) no establece

provisiones específicas sobre acciones ambientales. De acuerdo a la regla general de jurisdicción de este Reglamento, el artículo 4 (1), «... las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado». Adicionalmente, esas personas pueden ser demandadas en otro Estado Miembro «en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso», art. 7 (2)²⁴⁴. El TJUE, en *Handelskwekerij Bier vs. Mines de Potasse* –una temprana demanda ambiental de interés público– estableció que esta disposición «... debe considerarse destinada a cubrir tanto el lugar donde se produjo el daño, como lugar del hecho que lo generó»²⁴⁵. Aun así, la elección entre estos dos tribunales, según el Reglamento, solo existe respecto de los tribunales del Estado Miembro donde «se haya producido o pueda producirse» el hecho dañoso, por lo que los demandantes que actúen en razón de daños ambientales producidos fuera del territorio de la UE, deben basarse en lo establecido en el artículo 4 (1), y solamente puedan demandar en los tribunales del domicilio del demandado²⁴⁶. Veremos (*infra* N.os 129-137) cómo se desenvuelve esto en casos globales sobre el ambiente.

d. Litigación transfronteriza sobre la responsabilidad medioambiental transnacional de las corporaciones

114. Al margen de las normativas inspiradas en políticas como el artículo 7 (1) del Reglamento Roma II, una serie de litigios recientes de alto perfil en países diferentes, particularmente en EE.UU. y la UE, han resaltado el rol del Derecho internacional

²⁴⁴ La jurisdicción sobre personas domiciliadas fuera de la UE es, en principio, materia de Derecho nacional (art. 6).

²⁴⁵ TJUE 30 de noviembre de 1976, C-21/76.

²⁴⁶ Un régimen similar, en el Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conecta a la UE con Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza.

privado en litigios civiles transfronterizos de casos ambientales. Muchos de estos casos giran alrededor del problema de la responsabilidad corporativa transnacional.

115. Como señala el Representante Especial de NU para la cuestión de las empresas y los derechos humanos, John Ruggie (véase *supra* N.ºs 25 y 59), actualmente a nivel global, hay un «desajuste institucional (...) por un lado, entre el alcance e impacto de las fuerzas y agentes económicos y, por otro, la capacidad de las sociedades para hacer frente a sus consecuencias negativas. Este desajuste crea el entorno permisivo en el que pueden producirse actos censurables de empresas sin la debida sanción o reparación. En aras de las víctimas de los abusos y para sostener la globalización como fuerza positiva, se debe corregir esta situación»²⁴⁷. Cuando el Estado receptor de las actividades de una compañía (transnacional) es un país en desarrollo, frecuentemente carece de regulaciones estrictas para su protección o el poder para hacerlas cumplir.

Este vacío de gobernanza puede hacer más atractivo al país para la inversión extranjera, pues facilita externalizar los costos ambientales, desplazándolos al ambiente y a las personas en el Estado receptor. Sin factores de compensación el inversionista extranjero se sentirá con pocos incentivos para hacerse partidario de leyes más estrictas, menos aún cuando existen varios países en desarrollo compitiendo por la inversión, concebida quizás por todos estos como crucial para su desarrollo (lo que conduce probablemente a «una carrera hacia el abismo»). En casos extremos, el «desajuste institucional» puede escaparse completamente de las manos, y generar catástrofes industriales en el ambiente, a veces en circunstancias en que la compañía extranjera es acusada de complicidad (por «ayuda e instigación») en violaciones de derechos humanos

²⁴⁷ *Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales u otras empresas comerciales*, John Ruggie, UNGA doc. A/HRC/4/35, 2007, p. 3.

cometidos por el Gobierno anfitrión, en contra de sus propios ciudadanos o de extranjeros en su territorio.

116. En el Derecho internacional público tradicional, la conducta corporativa transnacional no se encuentra directamente sujeta a las reglas internacionales: la obligación principal de respetar el Derecho internacional recae en los Estados. Como resultado, las acciones legales en contra de compañías transnacionales presuntamente responsables por daño ambiental y, en situaciones extremas, la complicidad corporativa por violaciones de derechos humanos del Gobierno anfitrión, no pueden plantearse en tribunales internacionales, sino que deben ventilarse a través de acciones civiles ante tribunales domésticos²⁴⁸.

117. Hasta hace unos pocos años, los Estados Unidos de América era el país preferido para esos litigios de responsabilidad corporativa transnacional. Pero desarrollos recientes en la casuística judicial tanto de los EE.UU. como de la UE, sugieren que los EE.UU. ya no es la elección cuasiautomática, y que deberíamos esperar un cambio en las estrategias de litigio en materia de la responsabilidad corporativa ambiental transnacional, particularmente, con relación a compañías con sede en la UE que operan en países en desarrollo.

118. El problema central que ha dado lugar a importantes desarrollos jurisprudenciales ha sido la *jurisdicción*. Si un tribunal tiene jurisdicción es una pregunta determinante: si carece de jurisdicción, las víctimas podrían no tener otro foro al cual acudir. Además, la jurisdicción del tribunal tiene implicaciones procesales importantes, como la disponibilidad y modalidades de acciones colectivas y litigios de interés público, si otros demandados pueden ser añadidos a la demanda, la admisibilidad y los métodos para

²⁴⁸ A. NOLLKAEMPER, «*Responsibility of transnational corporations in international environmental law*», WINTER, *op. cit.*, pp. 179 y ss.

obtener evidencias, incluyendo las reglas del *discovery*, la disponibilidad de medidas provisionales, y de daños punitivos o solo compensatorios, costes²⁴⁹, el derecho a un juicio con jurado en casos civiles, etc. Y, claro está, la jurisdicción puede tener implicaciones para el Derecho aplicable; en efecto, las dos pueden estar entrelazadas (véase, *infra* N.º 134).

i. Estados Unidos de América

119. Mientras en ambos lados del Atlántico las acciones ambientales se han enmarcado como demandas por daños civiles extracontractuales, en los Estados Unidos un estatuto especial, *Alien Torts Act* (ATS), con frecuencia ha sido invocado por extranjeros para obtener resarcimiento por daños causados en virtud de presuntas violaciones de derechos humanos, incluyendo el daño ambiental generado fuera de los Estados Unidos. Según el ATS: «Los tribunales distritales tendrán jurisdicción original para cualquier acción civil por parte de un extranjero, por hechos ilícitos cometidos en violación de la ley de las naciones o un tratado de los Estados Unidos»²⁵⁰. Durante más de una década, los demandantes extranjeros se apoyaron en ese estatuto para demandar a compañías estadounidenses y extranjeras, y no sin éxito; incluso llegaron a obtener acuerdos de resarcimiento de daños por altas sumas²⁵¹.

120. Sin embargo, en 2013, la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*—referido a violaciones de

²⁴⁹ P. ej., cada parte costea sus propios gastos vs. el perdedor paga; (ausencia de un sistema de contingencia de tarifas).

²⁵⁰ Esta antigua ley federal, también llamada *Alien Tort Claims Act* (ACTA), es parte de la Ley de la Judicatura de 1789. Fue sacada de la oscuridad en 1980 por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en *Filártiga vs. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

²⁵¹ N. BOSCHIERO, «Corporate responsibility in transnational human rights cases. The U. S. Supreme Court decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 249 y ss.

los derechos a la integridad física de ciudadanos nigerianos por parte del Gobierno nigeriano presuntamente ayudado y apoyado por la empresa holandesa— limitó drásticamente el potencial uso del referido estatuto²⁵², al establecer que el mismo estaba sujeto a la presunción de no tener efectos extraterritoriales²⁵³. La Corte determinó que este caso contra una empresa con sede en los Países Bajos no «toca ni concierne al territorio de los EE.UU. con la fuerza suficiente» para desplazar esa presunción. La «mera presencia corporativa» de la compañía en los EE.UU. era insuficiente. Esta decisión, basada en una interpretación restrictiva de la jurisdicción *ratione materiae* de los tribunales federales de los EE.UU. en virtud del estatuto, probablemente elimine la mayoría de las acciones ambientales y de derechos humanos basadas en el ATS por conductas efectuadas (totalmente) fuera de los Estados Unidos contra empresas extranjeras comercialmente activas en ese país, pero con sede fuera del mismo (acciones *foreign-cubed*)²⁵⁴.

²⁵² En una decisión anterior, *Sosa vs. Álvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), la Corte Suprema ya había dictaminado que el ATS solo cubre las violaciones más graves de las normas «específicas, universales y obligatorias» de derechos humanos, limitando así la jurisdicción basada en ATS respecto de acciones contra empresas basadas tanto en los Estados Unidos como empresas extranjeras (multinacionales).

²⁵³ Corte Suprema de los EE.UU., 17 de abril de 2013, *Kiobel et al. vs. Royal Dutch Petroleum Co et al.*, 569 US (2013). Los jueces BREYER, GINSBURG, SOTOMAYOR y KAGAN coincidieron con la sentencia, pero rechazaron el razonamiento de que la presunción contra la extraterritorialidad se aplica al ATS. En su opinión, la jurisdicción de la ATS fue otorgada cuando el daño ocurre en territorio estadounidense, el demandado es nacional estadounidense, o cuando «la conducta del demandado afecta sustancial y negativamente a un interés nacional importante de los Estados Unidos, y eso incluye un interés particular en evitar que los Estados Unidos se conviertan en puerto seguro (libre de responsabilidad civil y penal) para un torturador u otro enemigo común de la humanidad» (véase, *infra* N.º 123).

²⁵⁴ *Kiobel* no excluye necesariamente las acciones transfronterizas basadas en otras leyes federales, como la Ley de Protección de Víctimas de Tortura de 1991, ni las acciones basadas en las leyes estatales de los EE.UU.

121. El año siguiente, 2014, en *Daimler vs. Bauman* –un caso basado en violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas en Argentina–²⁵⁵ la Corte Suprema de los EE.UU. examinó la cuestión más amplia de si, de conformidad con la Constitución de EE.UU., los tribunales estadounidenses tienen jurisdicción general, *ratione personae*, sobre compañías matrices extranjeras demandadas en los EE.UU., como resultado de las actividades de sus subsidiarias en los EE.UU.²⁵⁶. De acuerdo con el estatuto californiano de largo alcance (*long arm*) aplicable, los tribunales estatales de California podrían ejercer la jurisdicción personal «sobre cualquier base que no sea incompatible con la Constitución de este Estado o de los Estados Unidos». En aplicación de ese estatuto, la Corte del Noveno Circuito había dictaminado que tenía jurisdicción sobre Daimler, una compañía alemana, basándose en los contactos de la subsidiaria de Daimler en California. La Corte Suprema revocó dicho fallo sobre la base de que esto era contrario a la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda: ni Daimler ni su subsidiaria estaban incorporadas, o tenían su sede principal de negocios, en California. En tal situación, el ejercicio de la jurisdicción general sería «exorbitante» y «difícilmente permitiría a los demandados foráneos estructurar su conducta principal con alguna seguridad mínima en cuanto a dónde esa conducta los hará o no susceptibles de ser declarados responsables». Además, la Corte señaló, en una observación final, que esto representaría «riesgos para la comunidad internacional»,

²⁵⁵ Aunque las reclamaciones en este caso se basaron en la ley estatal de California, la ley federal de los EE.UU. (incluido el ATS) y el Derecho argentino, la decisión se centró en la compatibilidad entre la ley estatal de California y la Constitución de los EE.UU.

²⁵⁶ *Daimler AG vs. Bauman*, et al., 134 S. Ct. 746 (2014). En *Kiobel*, la falta de jurisdicción personal no era un problema ante la Corte Suprema, ya que no fue planteada por los acusados como motivo para el sobreseimiento del caso. Por el contrario, *Daimler* abordó la cuestión de la jurisdicción personal, y la Corte Suprema no consideró (ni tuvo la necesidad de hacerlo) el ATS, aunque este estatuto también había sido invocado.

porque «otras naciones no comparten la perspectiva expansiva [de la Corte de Circuito] sobre la jurisdicción general»²⁵⁷.

122. Como sugiere ese comentario final, se puede considerar a *Daimler*, en parte, como una respuesta a las críticas de otras naciones sobre la visión expansiva de la jurisdicción desarrollada previamente en los EE.UU.²⁵⁸. Esas críticas saltaron a primer plano en las negociaciones que tuvieron lugar en La Haya entre 1996 y 2001 bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya en el contexto del «Proyecto de Sentencias» (véase, *supra* N.º 47), que apuntaba entonces a un convenio global sobre jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Si bien la propuesta original de los EE.UU. se enmarcó en términos de un convenio «mixto» –con una lista blanca (o verde) de criterios de jurisdicción obligatorios, una lista negra (o roja) de criterios prohibidos, y una «zona gris» de jurisdicción permisible para el Derecho nacional– otros Estados, críticos de la visión expansiva de la jurisdicción general de los EE.UU., insistieron en eliminar el área gris, para detener el amplio ejercicio de jurisdicción de los tribunales estadounidenses. *Daimler*, al igual que *Kiobel*, tiene el efecto de reducir la exposición de los demandados no estadounidenses a una jurisdicción imprevisible y, por lo tanto, al *discovery*, los daños punitivos, etc., temidos por compañías extranjeras que operan en los EE.UU. La sentencia, por consiguiente, reduce la brecha entre los EE.UU. y otros países en este aspecto.

123. Como tal, este ejercicio menos expansivo de la jurisdicción civil por los tribunales de EE.UU. es bienvenido: contribuye

²⁵⁷ Pp. 21-23. Véase *supra* N.º 3-5.

²⁵⁸ La Corte remite (p. 23) al escrito del Procurador General, según el cual: «foreign governments' objections to some domestic courts' expansive views of general jurisdiction have in the past impeded negotiations of international agreements on the reciprocal recognition and enforcement of judgments», an indirect reference to the Hague negotiations on a «mixed» convention on jurisdiction and enforcement of judgments.

a una asignación más equilibrada de la jurisdicción entre los Estados de todo el mundo. *Daimler* contrarresta la sobreexposición de empresas matrices extranjeras a la jurisdicción de EE.UU., en virtud de las actividades de sus subsidiarias en ese país. Sin embargo, esto no debería conducir a una denegación de justicia en aquellos casos en que los procedimientos en otro Estado no sean posibles, o no sean un medio de solución razonable para el demandante, dejando sin alivio a las víctimas de conductas ilegales graves, incluidas violaciones de derechos humanos en el extranjero²⁵⁹. ¿Cuál es el *quid* de la situación, frecuente en la práctica, en la que una empresa matriz con sede en los EE.UU. y una subsidiaria en un país extranjero, causan presuntamente un daño en ese país anfitrión? ¿Puede la subsidiaria ser demandada en tribunales estadounidenses?

124. Esta fue la pregunta clave en *Goodyear vs. Brown* –una demanda por responsabilidad extracontractual (muerte culposa) a raíz de un accidente ocurrido en Francia– decidida por la Corte Suprema en 2011²⁶⁰. En ese caso, la Corte determinó que para establecer jurisdicción general sobre una subsidiaria extranjera con respecto a reclamaciones no relacionadas con alguna actividad de la subsidiaria en el Estado del foro, los contactos de la compañía extranjera con el Estado del foro deben ser «tan continuos y sistemáticos como para considerar que actúa esencialmente «en casa» (*at home*) en el Estado del foro»²⁶¹. El vínculo corporativo con la empresa matriz es, por lo tanto, en sí mismo insuficiente para establecer la jurisdicción sobre la compañía subsidiaria. En ausencia de una regla de jurisdicción basada en las vinculaciones de

²⁵⁹ Véase la opinión concurrente de la minoría en *Kiobel* (*cf. supra* N.º 120). Véase las excepciones a los criterios de jurisdicción prohibidos en el art. 18 (3) del *2001 Hague Interim Text on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3499>, y véase BOSCHIERO, *op. cit.*, pp. 271 y 272.

²⁶⁰ *Goodyear Dunlop Tires Operations S. A. vs. Brown*, 131 S Ct 2846 (2011).

²⁶¹ *Ibid.*, p. 10.

los casos, esta sentencia reduce la posibilidad de encontrar un tribunal en los EE.UU. para presentar una demanda contra la subsidiaria por daños ambientales producidos en el extranjero.

125. No obstante, aun cuando un tribunal considere que podría ejercer adecuadamente la jurisdicción sobre una empresa matriz o su subsidiaria asentadas en el foro, puede, sin embargo, mantener sus puertas cerradas si se persuade de que se trata de un *forum non conveniens*. Vimos que esta doctrina ha sido excluida del Convenio de La Haya de elección de foro de 2005 con respecto a los acuerdos de elección de foro (*supra* N.ºs 38-43). Como práctica general, sin embargo, el *forum non conveniens* todavía es ampliamente aplicado en los EE.UU.²⁶² y otras jurisdicciones del *common law*. Originalmente creado para prevenir el hostigamiento a los demandados, y desarrollado como una herramienta eficiente para el tribunal cuando encuentra que otro foro es más conveniente, se ha convertido en una defensa frecuentemente invocada, con éxito, por compañías transnacionales en acciones colectivas sobre daños ambientales y las conexas violaciones de derechos humanos, que presuntamente hayan producido o cometido en el extranjero²⁶³. Asimismo, dado que generalmente no se ha alcanzado el umbral de la jurisdicción, los conflictos de leyes con respecto a la responsabilidad corporativa transnacional no se han desarrollado mucho en los EE.UU. Como resultado, las empresas transnacionales se han encontrado generalmente exentas de toda responsabilidad por sus acciones en el extranjero, y los demandantes foráneos se han visto privados del resarcimiento de daños.

²⁶² En 2007, la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Sinochem International Co. vs. Malaysia International Shipping Corp.*, 549 U. S. 422 (2007) reafirmó la fortaleza de la doctrina en los casos en que el foro alternativo está en el extranjero.

²⁶³ E. FOLEY SMITH, «*Right to Remedies and the Inconvenience of Forum Non Conveniens: Opening U. S. Courts to Victims of Corporate Human Rights Abuses*», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 44, pp. 145 y ss.

126. Uno de los casos más conocidos en que se aplicó la doctrina del *forum non conveniens*, y su utilización fue ampliamente criticada, fue *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal*. La tragedia de Bhopal en 1984, descrita como «el desastre industrial más devastador de la historia»²⁶⁴ mató a miles de personas y causó lesiones a varios cientos de miles más. Fue generada por una fuga de gas de una planta química en Bhopal, India, operada por la empresa estadounidense *Union Carbide*. Los demandantes indios presentaron una demanda contra *Union Carbide* y su subsidiaria india en los Estados Unidos, pero el tribunal federal del distrito de Nueva York, seguido por el tribunal federal de apelación, desestimaron el caso²⁶⁵. La India fue considerada un foro más conveniente y apropiado para conocer la demanda, a pesar del hecho –revelador– de que el Gobierno de la India apoyó la demanda estadounidense admitiendo que el sistema judicial indio en ese momento no podía manejar el caso. Después de que el caso fue desestimado por los tribunales de los EE.UU., se llegó a un acuerdo entre las partes, pero este fue ampliamente considerado como insuficiente²⁶⁶.

127. El uso del *forum non conveniens* condujo a un resultado claramente extraño en el caso *Chevron*. Aquí, 55 000 afectados pertenecientes a comunidades indígenas²⁶⁷ de Ecuador y Perú demandaron a la compañía estadounidense *Chevron*, sucesora de *Texaco*, y su subsidiaria en Ecuador, ante los tribunales estadounidenses por daños ambientales ocasionados por las operaciones

²⁶⁴ 809 F.2d 195 (2d Cir.1987), p. 197.

²⁶⁵ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, 2.º Circuito, 14 de enero de 1987, *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster en Bhopal India in December 1984*, 809 F.2d 195.

²⁶⁶ J. CASSELS, «Outlaws: Multinational Corporations and Catastrophic Law», *Cumberland Law Review*, Vol. 31, 2001, pp. 311 y ss.

²⁶⁷ Sobre el papel de las comunidades indígenas en este y otros pleitos similares, véase V. DAVIDOV, «Aguinda v. Texaco Inc.: Expanding indigenous 'Expertise' Beyond Ecoprimitivism», *Journal of Legal Anthropology*, Vol. 1, 2010, pp. 147 y ss.

petroleras de Texaco en Ecuador y Perú. *Chevron* invocó la defensa del *forum non conveniens*, y el tribunal estuvo de acuerdo, declarando que el caso debería ser juzgado en Ecuador. Normalmente, la sentencia resultante del tribunal de Ecuador, si favoreciere a los demandantes, habría sido ejecutable en los Estados Unidos. Pero no en este caso, ya que *Chevron* sostuvo exitosamente que el procedimiento en Ecuador –respecto del cual había insistido inicialmente– estaba plagado de corrupción. *Chevron* incluso obtuvo una orden judicial de los tribunales de los EE.UU. que prohibió la ejecución de esa sentencia, no solo en los EE.UU., sino en todo el mundo²⁶⁸.

128. Este resultado es claramente insatisfactorio. Después de todo, *Chevron* había sido inicialmente demandada ante el tribunal de su domicilio, un criterio de jurisdicción aceptado a nivel mundial. Si *Chevron* tuviera un buen caso, bien podría haber ganado en su propia corte, y este juego de *ping pong* legal podría haberse evitado.

ii. Unión Europea

129. Como observamos (*supra* N.º 113), la base jurisdiccional esencial para demandas en Estados miembros de la UE contra compañías con sede en la UE se encuentra en el artículo 4 (1) del Reglamento Bruselas I (refundido). El domicilio de la compañía (art. 63) ofrece una base para acciones por daños extracontractuales contra estas compañías, incluso sobre cualquier daño ambiental ocasionado en el exterior. Si el hecho dañoso ocurriera fuera de la UE, ese sería el único foro disponible conforme a esta regulación. Aun así, se trata de un foro *firme*, porque, a diferencia del sistema jurisdiccional de EE.UU., el *forum non conveniens* no tiene cabida en este Reglamento²⁶⁹. Por lo tanto, en

²⁶⁸ El caso también involucró a otros foros, incluido la Corte Permanente de Arbitraje. Véase, H. MUIR WATT, «*Chevron, l'enchevêtrement des fors, un combat sans issue?*», *Revue critique de droit international privé*, Vol. 100, 2011, pp. 339 y ss.

²⁶⁹ TJUE, 1 de marzo de 2005, C-281/02, *Owusu vs. Jackson*.

principio, es posible demandar a una compañía europea en su Estado de origen, incluso por parte de demandantes externos a la UE²⁷⁰, con la oportunidad de obtener una decisión final de los tribunales de ese Estado.

130. La pregunta sobre si una compañía con sede *fuera* de la UE puede ser demandada ante los tribunales de la UE por daño ambiental ocurrido dentro o fuera de la UE, conforme al Reglamento de Bruselas, en principio, queda sujeta a la ley local de los Estados miembros de la UE (art. 6). ¿Qué posibilidades tienen entonces las víctimas, particularmente aquellas provenientes de fuera de la UE, de obtener una indemnización en tribunales de la UE por daños ambientales en el extranjero, imputables a empresas subsidiarias en el extranjero de compañías transnacionales ubicadas *dentro* de la UE, o a sus contratistas, o a estas propias empresas matrices? La respuesta dependerá en parte del Derecho aplicable y, en otra parte, de los criterios de jurisdicción.

131. Como observamos (*supra* N.º 112), la ley aplicable a los daños ambientales extracontractuales está determinada por el artículo 7 conjuntamente con el artículo 4 (1) del Reglamento Roma II. La ley aplicable podría disponer, como efectivamente lo hace, p. ej., el Derecho inglés, que incluso cuando una subsidiaria sea directamente culpable de un acto u omisión cometida en el extranjero, la compañía matriz puede incurrir en responsabilidad frente al demandante, junto con su subsidiaria, si tiene un deber de cuidado hacia al demandante²⁷¹. En la medida en

²⁷⁰ Véase TJUE, 13 de julio de 2000, C-412/98, *UGIC vs. Group Jose*.

²⁷¹ Corte de Apelaciones del Reino Unido, 25 de abril de 2012, *Chandler vs. Cape plc*, [2012] EWCA Civ 525. Aunque este deber de cuidado de la empresa matriz sobre la víctima podría llevar al resultado que también puede obtenerse a través del levantamiento del velo corporativo (*piercing the corporate veil*), la Corte destacó que su enfoque era diferente: «*There is no imposition or assumption of responsibility by reason only that a company is the parent company*

que la ley aplicable, sin embargo, no establezca dicha responsabilidad –en principio, y en la actualidad–, la compañía matriz no está sujeta a responsabilidad por los daños ambientales ocurridos o que estén ocurriendo fuera de la UE, causados por actividades económicas de sus subsidiarias o contratistas²⁷². Esto nos lleva entonces a la siguiente pregunta: ¿incurre la subsidiaria en responsabilidad conforme al Derecho aplicable?

132. Considerando que la compañía matriz y su subsidiaria normalmente serán demandadas en conjunto en el tribunal del domicilio de la matriz, es en dicho tribunal donde la pregunta surgirá. Pero, ¿surgirá? En el caso de pluralidad de demandados, Bruselas I dispone que una persona «domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada: (...) ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente» (art. 8). Sin embargo, la cuestión de si esa jurisdicción existe también en el caso de un codemandado domiciliado fuera de la UE, queda en manos de la legislación nacional de cada Estado (art. 6). Las normas nacionales sobre jurisdicción determinarán si, y bajo qué condiciones, una empresa subsidiaria, o quizás una contratista, domiciliada fuera de la UE, pueden ser demandadas conjuntamente con su matriz domiciliada en la UE, en el tribunal del domicilio de la matriz.

133. Esta y otras cuestiones, incluyendo el Derecho aplicable, surgieron en un caso importante actualmente en espera de decisión

of another company. The question is simply whether what the parent company did amounted to taking on a direct duty to the [victim]», párrs. 69 y 70.

²⁷² Para una discusión sobre (el futuro de) la responsabilidad corporativa transfronteriza, véase, EBBESSON (2006), *op. cit.*, pp. 222 y ss.

ante los tribunales de los Países Bajos, *Akpan y otros vs. Shell*²⁷³. En esta demanda y en dos casos paralelos²⁷⁴, cuatro pescadores y ganaderos nigerianos, apoyados por la ONG holandesa Milieudefensie, demandaron tanto a la *compañía matriz* (Royal Dutch Shell PLC – RDC), establecida en Londres, pero con su sede principal en La Haya, y a su *subsidiaria* nigeriana (Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD – SPDC), por la actuación negligente que causó contaminación petrolera, lo que dañó sus tierras de cultivos y estanques de peces, en Ogoniland, Nigeria²⁷⁵.

134. La pregunta determinante se refería a la *jurisdicción* de los tribunales holandeses en relación con el reclamo contra la compañía

²⁷³ Véase, más recientemente, Corte de Apelaciones de La Haya, 18 de diciembre de 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3587, *Akpan et al. vs. Royal Dutch Shell PLC and Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD* (incidencia interlocutoria de apelación, los procedimientos continúan). Apelación del tribunal distrital, La Haya de 30 de enero de 2013. Traducción no oficial al inglés en: <https://milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-akpan-vs-shell-oil-spill-ikot-ada-udo/view>.

²⁷⁴ *Idem*, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, *Dooh et al. vs. Royal Dutch Shell PLC y Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD et al.*; y ECLI:NL:GHDHA:2015:3588, *Oguru and Efangá et al. vs. Royal Dutch Shell PLC y Shell Petroleum Development Company of Nigeria LTD et al.* (incidencia interlocutoria de apelación, los procedimientos continúan). Apelación de la Corte de Distrito de La Haya de 30 de enero de 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845, y ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850, respectivamente.

²⁷⁵ Surge un tema recurrente en este caso: víctimas nigerianas buscando indemnización por daños ambientales al Delta del Níger y el consecuente daño a sus vidas y sustento a partir de la explotación petrolera por compañías extranjeras transnacionales. Como vimos, en procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental y de la Comisión Africana de Derechos Humanos, el Gobierno nigeriano fue declarado responsable de violaciones a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *inter alia*, por no actuar en contra de los actores responsables (*supra* N.º 107), mientras que en procedimientos en EEUU., con la decisión final de la Corte Suprema en *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*, la demandada, siendo la misma transnacional, no fue condenada como responsable bajo el ATS (*supra* N.º 120). Véase también en el caso ante el Corte Superior de Londres, *The Bodo Community y otros vs. SPDC* [2014] EWHC 1973 (TCC).

matriz y su subsidiaria. El tribunal distrital de la Haya dictaminó en 2013 que tenía jurisdicción con respecto a RDC, por cuanto estaba domiciliada en los Países Bajos, conforme al Reglamento Bruselas I²⁷⁶, y respecto de SPDC, conforme al Código de Procedimiento Civil holandés²⁷⁷, dada la conexión con las reclamaciones que se regían por el Derecho nigeriano. En su sentencia interlocutoria de diciembre de 2015, la Corte de Apelaciones de La Haya confirmó la decisión del tribunal distrital sobre la jurisdicción, tomando en cuenta que en este estado de los procedimientos, según el Derecho nigeriano, la responsabilidad de RDC por los daños causados por su subsidiaria, y conforme al (propio) deber de cuidado de RDC, no podía excluirse por adelantado. Además, añade, los hechos en los que se basaban las demandas eran idénticos, y las investigaciones adicionales en el sitio que podrían ser necesarias, se llevarían a cabo más adecuadamente bajo los auspicios de un solo y único tribunal²⁷⁸.

Vale la pena mencionar, en términos de *acceso a la información*, que en la decisión de la Corte de Apelaciones —en contraste con el criterio

²⁷⁶ Arts. 2 (1) y 60 de la versión aplicable del Reglamento Bruselas I, ahora arts. 4 (1) y 63.

²⁷⁷ Art. 7 (1): «Si los procedimientos legales deben iniciarse mediante una orden de comparecencia y un tribunal holandés tiene jurisdicción con respecto a uno de los demandados, entonces también tiene jurisdicción con respecto a los otros demandados que son llamados al mismo proceso, siempre que los derechos a las acciones contra los diferentes demandados estén conectadas entre sí de tal manera que se justifique una consideración conjunta por razones de eficiencia».

²⁷⁸ La Corte rechazó el argumento, basado en el precedente del TJUE sobre el art. 6 (1) [ahora art. 8 (1)] del Reglamento Bruselas I, que SPDC no podía haber previsto que pudiera ser demandada ante un tribunal fuera de Nigeria. A la luz de la larga historia y el impacto en el ambiente de los derrames petroleros en el delta del Níger, y de «muchas demandas contra Shell, incluyendo en los Estados Unidos y en el Reino Unido», «debió haber sido previsible» tanto para la matriz como para la subsidiaria, que tarde o temprano serían demandadas de forma conjunta (párr. 2.6).

del tribunal distrital— se estableció que RDC debe revelar cierta cantidad de documentos a los demandantes originales, que podrían ser relevantes sobre la cuestión de si la compañía matriz sabía acerca del derrame petrolero y las condiciones del oleoducto con fuga²⁷⁹.

135. El litigio continúa en apelación, con el debate sobre la cuestión de si RDC y/o SPDC son *responsables* por el daño (ambiental) causado dentro del ámbito de actividades de SPDC. El tribunal distrital concluyó en 2013 que el Derecho nigeriano era el aplicable al reclamo por daños extracontractuales²⁸⁰, y, dado que el Derecho nigeriano está basado en el Derecho inglés, tenía que ser interpretado a la luz de este. En tal sentido determinó que RDC no era responsable por negligencia, incluyendo la negligencia de su subsidiaria²⁸¹. Pero sostuvo que SPDC había incurrido en un específico daño extracontractual por negligencia al no haber tomado suficientes medidas para proteger un pozo de petróleo contra simples actos de sabotaje y, por ende, debía pagar una compensación a las víctimas. En apelación, aunque las partes estaban de acuerdo en la aplicación del Derecho nigeriano, discrepaban sobre su interpretación y sobre la cuestión de la responsabilidad.

136. Cualquier decisión final de la Corte de Apelaciones será, muy probablemente, recurrida ante la Corte Suprema de los Países Bajos, por lo que es incierto hasta este momento si se sostendría hasta el final la confirmación de la Corte de Apelaciones sobre la jurisdicción de los tribunales holandeses. Pero a la luz de la tendencia hacia la «responsabilidad directa extranjera»²⁸²,

²⁷⁹ Párrs. 5.1-10.

²⁸⁰ Por cuanto el Reglamento Roma II no estaba en vigor al momento del daño alegado, la norma de conflicto para daños extracontractuales de los Países Bajos era aplicable, y el Derecho nigeriano se aplicaba como *lex loci delicti*.

²⁸¹ El tribunal distrital distinguió este caso de *Chandler vs. Cape (2012) EWCA Civ 535 (supra N.º 131)*.

²⁸² Para lo cual, la Corte de Apelaciones hace referencia en el párr 2.6 de su decisión. Véase, en general, L. ENNEKING, *Foreign direct liability and beyond*:

parece cada vez más difícil para las compañías transnacionales con sede en la UE y sus subsidiarias extranjeras, argumentar exitosamente en el tribunal del domicilio de la matriz, que estas no puedan ser demandadas de forma conjunta por daños ambientales causados en el extranjero ocasionados por las actividades de sus subsidiarias –al menos, ante los tribunales de los Estados miembros de la UE que extiendan el criterio del codemandado del Reglamento de Bruselas²⁸³ a los demandados domiciliados fuera de la UE–. Este es en gran medida el espíritu de los Principios Rectores sobre negocios y derechos humanos (*supra* N.ºs 25, 59 y 115)²⁸⁴.

137. Así, parece que en el futuro la UE puede convertirse en un área más promisoría para litigantes de países en vías de desarrollo que buscan reparación de daños ambientales imputables a (subsidiarias de) compañías transnacionales con sede en la UE, en comparación con lo que ofrece la jurisdicción de los EE.UU., con respecto compañías transnacionales con sede en el extranjero o en los EE.UU.²⁸⁵. En cualquier caso, la jurisprudencia en ambos lados del Atlántico demuestra que la responsabilidad por daños ambientales extracontractuales ha ganado una crecida importancia. Y su rol puede expandirse aún más a la luz de las preocupaciones sobre el cambio climático.

exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability, La Haya, Eleven Int.l. Publishing, 2012.

²⁸³ Ahora art. 8(1) del Reglamento Bruselas I (refundido).

²⁸⁴ Véase la observación de la Corte de Apelaciones sobre que «Shell estableció sus metas y aspiraciones, incluso en asuntos ambientales, y ha formulado un grupo de políticas para alcanzar tales metas y ambiciones de una manera unificada y coordinada», *Akpan et al. vs. Shell*, par. 5.5.

²⁸⁵ Véase N. JÄGERS, K. JESSE y J. VERSCHUEREN, «*The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell*», *American Journal of International Law Unbound*, 2014, pp. e-36 y ss. Para los desarrollos en Suecia, véase R. KLØCKER LARSEN, «*Foreign Direct Liability Claims in Sweden: Learning from Arica Victims KB. v. Boliden Mineral AB?*», *Nordic Journal of International Law*, Vol. 83, 2014, pp. 404 y ss.

2. CAMBIO CLIMÁTICO

138. Si bien muchas actividades contaminantes que perjudican al ambiente son accidentales y se limitan a una región en particular, el cambio climático causado por los seres humanos (antropogénico) es gradual y «un problema de toda la humanidad»²⁸⁶. Esto constituye una «amenaza apremiante y con efectos potencialmente irreversibles para las sociedades humanas y el planeta y, por lo tanto, exige la cooperación más amplia posible de todos los países»²⁸⁷. Como ha demostrado el proceso que condujo y rodeó las negociaciones en diciembre de 2015 acerca del Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático²⁸⁸, esto requiere el apoyo de la sociedad civil, cuyos esfuerzos también fueron reconocidos en el Acuerdo²⁸⁹.

La acción de la sociedad civil puede –incluso respecto a la amenaza *global* del cambio climático– adoptar la forma de litigios civiles extracontractuales para instar a los gobiernos a intensificar sus esfuerzos, tal como lo ilustra una reciente sentencia, nuevamente de un tribunal holandés, dictada en un momento simultáneo al de las negociaciones preliminares de París. En junio de 2015, el tribunal distrital de La Haya dictó una sentencia icónica en un litigio sobre daños extracontractuales incoado por la ONG holandesa Urgenda y 886 demandantes individuales contra el

²⁸⁶ Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, aprobado en París el 12 de diciembre de 2015, Preámbulo, haciéndose eco del Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas de 1992 (próxima nota al pie).

²⁸⁷ Decisión 1 / CP.21 en la que se adopta el Acuerdo de París, preámbulo. Véase, Preámbulo de la Convención Marco de 1992.

²⁸⁸ Abierto para la firma desde el 22 de abril de 2016. El acuerdo entrará en vigencia luego de la ratificación de 55 Estados parte del Convenio Marco, lo que representa un 55 % del total de las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero.

²⁸⁹ Como «interesados» (junto con «el sector privado, las instituciones financieras, las ciudades y otras autoridades subnacionales»), *ibid.* párrs. 118 y ss. y 134 y ss.

Estado holandés²⁹⁰. Los actores en esta demanda colectiva, deliberadamente no reclamaron resarcimiento de daños, sino medidas de protección cautelar²⁹¹. El tribunal determinó que el Estado debe tomar más medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los Países Bajos, a niveles menores a los que se producían bajo las políticas de entonces, y ordenó al Estado a garantizar que las emisiones holandesas en el año 2020 sean, al menos, un 25 % inferiores a las de 1990.

139. A primera vista, la demanda tiene la apariencia de un caso doméstico. El demandante principal, Urgenda, es una fundación holandesa, el demandado es el Gobierno holandés y el tribunal es un tribunal local holandés. No se plantearon cuestiones de jurisdicción ni de legislación aplicable. Sin embargo, en una mirada más cercana, aunque no es un caso clásico de Derecho internacional privado, es un caso eminentemente transnacional en varios aspectos.

i. Legitimidad activa de la ONG demandante

140. En primer lugar, en cuanto a la legitimación de Urgenda para presentar la demanda²⁹², el tribunal determinó, teniendo

²⁹⁰ Tribunal distrital de La Haya, 24 de junio de 2015, *Stichting Urgenda v. the State of the Netherlands*, ECLI: NL: RBDHA: 2015: 7196 (Traducción oficial al inglés de la sentencia completa).

²⁹¹ Si bien se reconoce que las acciones legales de indemnización son la forma habitual de buscar reparación en casos de responsabilidad civil extracontractual, en casos de responsabilidad civil por daños climáticos, dada la naturaleza global, las causas múltiples y los efectos a largo plazo del cambio climático y la posible magnitud del daño resultante, tales acciones puede ser menos efectivas que las que persiguen medidas cautelares de protección, J. SPIER y U. MAGNUS, *Climate Change Remedies – Injunctive Relief and Criminal Law Responses*, SUN MeDIA, Stellenbosch, 2013, en particular el Cap. I. Para una visión diferente, véase, D. A. KY SAR, «*What Climate Change Can Do About Tort Law*», *Environmental Law*, Vol. 41, N.º 1, 2011, pp. 1 y ss.

²⁹² Con respecto a los demandantes individuales, el tribunal determinó que no tenían suficientes intereses propios además del interés de Urgenda. Por lo tanto, sus reclamos fueron rechazados (párrafo 4.109).

en cuenta los estatutos de la fundación, que sí estaba capacitada según la legislación civil holandesa²⁹³ para defender no solo los intereses holandeses, sino también los de una «sociedad sostenible», los cuales el tribunal consideró: «tienen una dimensión intrínsecamente internacional (y global)», así como «una dimensión intergeneracional»²⁹⁴. Como consecuencia, Urgenda podría actuar no solo en representación de los actuales ciudadanos holandeses y de las personas que se encuentran fuera de los Países Bajos, sino también de las futuras generaciones de ciudadanos holandeses y de las generaciones futuras del exterior²⁹⁵. Así, el tribunal reconoció que los intereses *globales*, tanto inmediatos como futuros, estaban en juego, y que, por cuestión de principios, podían ser representados por la fundación holandesa.

ii. Deber de cuidado conforme al Derecho civil holandés sobre la responsabilidad civil extracontractual, inspirado en el Derecho global y europeo.

141. En segundo lugar, con respecto al *fondo* de la demanda, el tribunal fundamentó su decisión en que el Estado actuaba de manera ilícita con respecto a Urgenda en función de la normativa de responsabilidad civil extracontractual holandesa y el deber de cuidado que impone la misma²⁹⁶. Ante este deber de

²⁹³ Arts. 3: 303, 305a del Código Civil, sentencia párrs. 4.4-4.6.

²⁹⁴ Párrs. 4.7, 4.8.

²⁹⁵ Al final, sin embargo, el tribunal concluyó que, toda vez que habían prosperado los reclamos de Urgenda en cuanto a la reducción emisiones en nombre de la población holandesa actual y futura, no había necesidad de decidir si la reclamación también podría tener éxito en cuanto a los intereses de las generaciones actuales y futuras del extranjero (4.92). Se evitaron así las cuestiones de la legislación aplicable, que de otro modo habrían surgido en virtud del Reglamento Roma II.

²⁹⁶ Específicamente, el art. 6: 162 del Código Civil: «1. Una persona a la que pueda imputarse haber cometido un acto ilícito en contra de otra persona, debe reparar el daño que esta sufra como consecuencia de ello. 2. Excepto en los casos en los que exista un motivo de justificación, los siguientes actos

cuidado –o específicamente, el deber de evitar actividades negligentes que sean peligrosas o ilegales–²⁹⁷ siendo una «norma abierta», el tribunal se fijó la tarea de determinar el contenido concreto de la misma para el caso bajo análisis, «teniendo en cuenta el carácter discrecional del poder del Estado en el cumplimiento de su deber». Dado que el cambio climático es un peligro mundial respecto del cual el Gobierno holandés tenía un «deber compartido de gestión de riesgos», tanto el deber de cuidado del Estado de evitar daños peligrosos al ambiente en los Países Bajos, como su margen de discreción, así como sus deberes constitucionales, están influenciados por el marco normativo europeo y global sobre el cambio climático, vinculante para los Países Bajos. El tribunal se refirió en particular a la Declaración de Río sobre el medioambiente y el desarrollo²⁹⁸, a los artículos 191-193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁹⁹ y a los artículos 2 y 8 de la CEDH. Aunque estos instrumentos, vinculantes para los Países Bajos, no crearon derechos que Urgenda pudiera invocar directamente, sí tuvieron un «efecto reflejo» sobre el deber de cuidado previsto en el Código Civil holandés.

se consideran ilícitos: la violación de un derecho, un acto u omisión que viola un deber legal o una regla de Derecho no escrita relacionado con la conducta social adecuada. 3. Un acto ilícito puede ser imputado a su autor si resulta de su culpa, o de una causa por la cual es responsable de acuerdo con la ley o la opinión común» [traducción a partir del texto en inglés de P. HAANAPPEL y E. MACKAAY (eds.), *Código Civil de los Países Bajos*, Libro 6, 1990].

²⁹⁷ Par. 4.53 (*onrechtmatige gevaarzetting*).

²⁹⁸ Convención Marco de las NU sobre el cambio climático. El tribunal judicial tomó en consideración al Protocolo de Kioto de 1997, y las diferentes decisiones sobre su Conferencia de las Partes, incluyendo el Plan de Acción de Bali de 2007, los Acuerdos de Cancún de 2010 y la Plataforma de Durban para la mejora de acciones.

²⁹⁹ El tribunal también tomó en cuenta las diversas directivas de aplicación, incluida la Directiva ETS (régimen de comercio de emisiones) 2003/87/CE, en su versión enmendada, y las decisiones del Consejo de la UE, incluida la Decisión EUCO 169/14, por la que se establece marco de actuación en materia de clima y energía hasta el año 2030.

Por lo tanto, esta última norma debe interpretarse de manera de evitar un conflicto con las obligaciones internacionales del Estado. Además, estas obligaciones tenían que considerarse a la luz de los últimos conocimientos científicos, compartidos por ambas partes en el procedimiento, principalmente, los informes del Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC)³⁰⁰.

Hasta 2010, los Países Bajos se habían fijado un objetivo de reducción del 30 %³⁰¹ y el Estado había admitido que en realidad todavía podría alcanzar este nivel de reducción. De las declaraciones del Estado en el procedimiento, el tribunal infirió, además, que esto no implicaría costos adicionales desproporcionados. También concluyó que no había una alternativa real: las medidas de adaptación eran insuficientes.

142. El tribunal rechazó las alegaciones del Estado en torno a que la participación holandesa en las emisiones mundiales era insignificante y que las medidas de reducción adicionales solo resultarían en mejoras marginales, ya que «... cualquier emisión antropogénica de gases de efecto invernadero, sin importar qué tan pequeña sea, contribuye a un aumento de niveles de CO₂ en

³⁰⁰ El IPCC había determinado en 2007 que, para limitar el aumento de la temperatura global a 2 grados Celsius (3,6 grados Fahrenheit) –un techo generalmente considerado crucial para evitar daños irreversibles a la Tierra–, los países desarrollados, como los Países Bajos, deberían reducir sus emisiones en un 25-40 % para 2020 en comparación con los niveles de 1990.

³⁰¹ Desde 2010, alineándose a la «Decisión para un Esfuerzo Compartido» de la UE, los Países Bajos redujeron sus emisiones hasta el 17 % que, según el tribunal, «está por debajo del estándar considerado necesario por la ciencia y la política climática internacional, lo que significa que para evitar un peligroso cambio climático [los Países Bajos] deben reducir para 2020 las emisiones de gases de efecto invernadero en 25-40 % para alcanzar el objetivo de 2°C». El acuerdo alcanzado en toda la UE disminuyendo el estándar como objetivo mínimo, no ha tenido suficiente justificación para abandonar la meta que el Estado había admitido previamente como necesario y factible, y además durante el procedimiento volvió a declararse factible (parr. 4.31).

la atmósfera y, por lo tanto, al peligroso cambio climático. En consecuencia, la reducción de emisiones se refiere a la responsabilidad conjunta e individual de los signatarios del Convenio de las NU sobre el cambio climático»³⁰².

Después de considerar varias otras defensas concluyó que, «debido a la gravedad de las consecuencias del cambio climático y el gran riesgo de que ocurra un cambio climático peligroso», el deber de cuidado del Estado requería medidas de mitigación adicionales inmediatas para garantizar que para 2020 el nivel de emisión de gases de efecto invernadero de los Países Bajos se redujera entre un 25-40 % más allá del actual objetivo de reducción de 17 %. Dado el *margen de discreción* del Estado, la orden de reducción se había limitado al 25 % solamente.

iii. Actuación del tribunal como órgano estatal y como órgano de la comunidad internacional

143. En tercer lugar, como se desprende de lo anterior, el tribunal distrital de La Haya en esta sentencia, al tiempo que aplicaba la legislación holandesa, garantizaba *el cumplimiento del Derecho internacional*. La sentencia ofrece, por lo tanto, un ejemplo del *dédoublement fonctionnel* de Scelle, o división de roles (*supra* N.^{os} 17 y 23). Por un lado, actuando como un órgano estatal y operando dentro del sistema legal nacional, el tribunal aseguró el cumplimiento

³⁰² Véase, Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, 2.º circuito, 21 de septiembre de 2009, *Connecticut vs. Am. Electric Power Co.Inc.*, 582 F.3d 309, 69 ERC 1385 (2.º Cir. 2009), en el que la Corte de Apelaciones también rechazó el alegato de los demandados de que sus emisiones, que «presuntamente representan el 2.5 % de las emisiones de dióxido de carbono» fueron demasiado insignificantes para causar lesiones futuras, sobre todo porque solo el efecto colectivo de las emisiones en todo el mundo supuestamente causa daños. Esta parte del fallo del tribunal no se vio afectada por la anulación de la sentencia de la Corte de Apelaciones por parte de la Corte Suprema (Corte Suprema de los EE.UU., 20 de junio de 2011, 564 U. S. (2011)).

por parte del ejecutivo de su deber de cuidado bajo la normativa de responsabilidad civil extracontractual holandesa. Por otro lado, actuó como un órgano de la comunidad internacional tanto para verificar si el Estado cumplía con las normas internacionales como para garantizar la implementación de esos estándares. La sentencia es un ejemplo de cómo un tribunal puede intervenir y actuar en nombre de la comunidad internacional, como un «sustituto de los órganos internacionales de cumplimiento colectivo que faltan, y ante la poca voluntad del poder ejecutivo de reivindicar los derechos...»³⁰³. Sin embargo, no lo hace en función de una jurisdicción civil universal³⁰⁴, sino en ejercicio de su jurisdicción civil con respecto a su propio Estado y con respecto a la participación de ese Estado en el mantenimiento del orden jurídico global sobre los bienes comunes globales.

144. Dado que el papel del Estado en relación con el cambio climático generalmente implica actos legislativos o ejecutivos –los actos de Derecho público, *acta iure imperii*– los Estados gozarán de inmunidad ante los tribunales *extranjeros*. En consecuencia, las demandas civiles transfronterizas contra Estados extranjeros están prácticamente excluidas, y la única manera de denunciar los actos u omisiones de los Estados a través del Derecho civil, es en sus propios tribunales³⁰⁵. De hecho, el caso Urgenda ya fue seguido por una demanda similar en Bélgica³⁰⁶.

145. El Gobierno holandés presentó un recurso de apelación contra la sentencia³⁰⁷, pero también declaró que, en espera de la

³⁰³ CASSESE, *op. cit.*, p. 228.

³⁰⁴ Sobre la cual, recientemente, A. BUCHER, «*La compétence universelle civile*», *Recueil des cours*, Vol. 373, 2015, pp. 9 y ss.

³⁰⁵ SPIER y MAGNUS, *op. cit.*, p. 129.

³⁰⁶ Contra el gobierno federal y los tres gobiernos regionales, <http://klimaatzaak.eu/nl/rechtzaak/>.

³⁰⁷ <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/klimaatverandering/inhoud/klimaatrechtszaak>.

apelación, respetaría provisionalmente la orden ejecutable del tribunal. La apelación ofrecerá a las partes una nueva oportunidad para presentar argumentos fácticos y legales. Después de la sentencia de la Corte de Apelaciones, a su vez, también podrá apelarse ante la Corte Suprema holandesa para una revisión de sus bases legales. Cualquiera que sea el resultado final, sin embargo, la sentencia del tribunal distrital de La Haya se destacará como un hito de la jurisprudencia, basada en una conciencia aguda de la naturaleza y magnitud de un problema intrínsecamente global, y brindando fundamentos extensos y detallados a partir de una revisión de la normativa global, europea y nacional pertinente, así como de la evidencia científica disponible³⁰⁸.

145. El caso de Urgenda no solo puede estimular demandas similares en otros Estados. Las consideraciones del tribunal sobre, p. ej., aspectos del deber de cuidado no relacionados con la responsabilidad específica de la gestión climática del Gobierno —la naturaleza y el alcance del daño resultante del cambio climático, su previsibilidad y las posibilidades de que ocurra un cambio climático peligroso—, así como el tema de la causalidad, podría inspirar acciones de responsabilidad extracontractual contra los emisores *corporativos* de gases de efecto invernadero. Pero tales acciones deberán superar obstáculos considerables, en particular en litigios transfronterizos³⁰⁹. Sobre este particular, cabe

³⁰⁸ No es sorpresa que la sentencia haya sido objeto de un intenso debate público y académico, incluida la cuestión de si el tribunal respetó suficientemente la tradicional separación constitucional de poderes (*trias politica*). Véase, p. ej., R. VAN GESTEL y M. LOTH, «Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0», *Nederlands Juristenblad*, 2015, pp. 2598 y ss., con referencias a comentarios de varios autores. Véase, en general, sobre el impacto de normas constitucionales en el Derecho privado, W. MICKLITZ (ed.), *Constitutionalisation of European Private Law*, Oxford etc., 2014.

³⁰⁹ No menos importantes, problemas procesales como el acceso a la información de la compañía y el reconocimiento de la capacidad de organizaciones extranjeras o grupos para interponer una acción. Para un intento reciente,

señalar que los Principios de Oslo sobre obligaciones globales respecto al cambio climático del 2015, están destinados tanto a los Estados como a las empresas³¹⁰.

3. ¿HACIA UN INSTRUMENTO GLOBAL SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LOS DAÑOS AMBIENTALES TRANSNACIONALES?

147. Si bien los litigios transfronterizos sobre daños extracontractuales derivados de situaciones ambientales con efectos *globales* pueden ser todavía excepcionales, es probable que tales litigios aumenten con respecto a daños ambientales *localizados*. Reglas uniformes de jurisdicción, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias, apuntaladas en un sistema de cooperación institucional, facilitarían estas demandas. La viabilidad técnica de tal régimen a nivel mundial ha sido objeto de extensa investigación y discusión, incluso en el contexto de la Conferencia de La Haya, pero esto no ha conducido a una decisión de iniciar negociaciones en ese foro sobre un instrumento global³¹¹. A nivel regional, el Consejo de Europa en 1993 aprobó un convenio que proporciona

evitando el último obstáculo, véase la demanda ante *Landgericht Essen*, Alemania, interpuesta por un granjero peruano contra una planta de energía alemana, RWE, por el daño potencial en Perú, derivado del calentamiento global presuntamente imputable en parte a RWE por su emisión de gases de efecto invernadero, <http://www.theverge.com/2015/12/2/9821758/climate-change-lawsuit-un-rwe-energy-vs-peru-farmer>; <https://germanwatch.org/de/11537>.

³¹⁰ *Expert Group on Global Climate Obligations, Oslo Principles on Global Climate Obligations*, con comentarios (relator J. SPIER), La Haya, Eleven international publishing, 2015. También disponible en: <http://globaljustice.macmillan.yale.edu/news/oslo-principles-global-climate-change-obligations>.

³¹¹ La Oficina Permanente preparó varios estudios sobre el tópico, en particular, «*Note on the law applicable to civil liability for environmental damage*» (A. DYER), mayo 1992, A&D, Sesión XVII, Tomo I, *Miscellaneous Matters*, pp. 187 y ss.; «*Note on the law applicable and on questions arising from conflicts of jurisdiction in respect of civil liability for environmental damage*» (A. DYER), abril 1995, A&D, Sesión XVIII, Tomo I, *Miscellaneous Matters*, pp. 72 y ss., y C. BERNASCONI, «*Civil Liability Resulting from Transfrontier Environmental Damage*»:

normas sustantivas sobre responsabilidad civil, acceso a la información y las cuestiones de procedimiento, combinadas con las normas sobre jurisdicción de los tribunales y el reconocimiento y ejecución de las sentencias³¹², y en 2003 un instrumento comparable, limitado al daño causado por accidentes industriales en aguas transfronterizas, fue adoptado por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE)³¹³. Pero ninguno ha entrado en vigor.

148. Por otro lado, el Acuerdo de cooperación ambiental de América del Norte de 1993, que proporciona normas mínimas de publicación (por adelantado) de leyes y regulaciones del ambiente, acciones gubernamentales de cumplimiento efectivo, acceso a procedimientos judiciales y administrativos, y garantías procesales, entró en vigor en 1994 entre Canadá, México y Estados Unidos³¹⁴. El Convenio de Aarhus de 1998 sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medioambiente, que entró en vigor en octubre de 2001 y ahora vincula a 47 Estados, es el régimen internacional más avanzado, pero se centra en asuntos administrativos, en el contexto doméstico.

149. El aumento de la preocupación pública acerca de la degradación ambiental, el incremento de la conciencia sobre la

A Case for the Hague Conference?», abril 2000, A&D, Sesión XIX, Tomo 1, *Miscellaneous Matters*, pp. 320 y ss. En abril de 1994, la Universidad de Osnabrück, en cooperación con la Conferencia de La Haya, organizó un coloquio científico cuyos trabajos—en su mayoría en inglés, algunos en francés—se pueden encontrar en C. VON BAR (ed.), *Internationales Umwelthaftungsrecht 1*, Köln etc., C. Heymanns Verlag, 1995.

³¹² Convenio de Lugano de 1993 sobre la responsabilidad civil por daños resultantes de actividades peligrosas para el medioambiente.

³¹³ Protocolo de Kiev de 2003 sobre la responsabilidad civil y compensación de los daños causados por los efectos transfronterizos de accidentes industriales en aguas transfronterizas.

³¹⁴ <http://www.ccc.org/about-us/NAAEC>.

responsabilidad corporativa compartida en relación con el medioambiente, el incremento del uso de tribunales civiles por parte de los ciudadanos en acciones colectivas y litigios de interés público y, no menos importante, el reciente e icónico Acuerdo de París sobre el cambio climático, estimularán esfuerzos adicionales para establecer al menos «reglas del juego» globales básicas para litigios transfronterizos sobre responsabilidad civil extracontractual en materia ambiental. Como una forma *ascendente* de hacer cumplir las normas ambientales, los litigios de responsabilidad civil extracontractual forman un eficaz complemento a la labor gubernamental de garantizar ese cumplimiento *desde arriba*. Los Estados y sus ciudadanos tendrán un creciente interés en un marco global que refuerce los derechos de los ciudadanos al acceso a información, a la justicia y a la participación en la toma de decisiones en el contexto del Derecho *administrativo* –incluso en situaciones transfronterizas–³¹⁵ para lo cual el Convenio de Aarhus de 1998 proporciona un modelo³¹⁶. No tendrán menos interés en establecer un marco global básico para facilitar el *litigio civil transfronterizo sobre daños extracontractuales*, en el que el Derecho internacional privado se constituya en un instrumento de política ambiental, inspirado en el modelo de La Haya de cooperación institucional directa transfronteriza (véase *supra* N.ºs 112 y 113). Con fundamento en los «patrones»³¹⁷ emergentes de instrumentos globales y regionales existentes, debería ser posible acordar ciertos principios fundamentales para este marco, incluyendo:

³¹⁵ Véase EBBESSON (2009), *op. cit.*, p. 285.

³¹⁶ «*Although regional in scope, the significance of the Aarhus Convention is global. It is by far the most impressive elaboration of principle 10 of the Rio Declaration, which stresses the need for citizens' participation in environmental issues and for access to information on the environment held by public authorities (...) [T]he Convention [has] the potential to serve as a global framework for strengthening citizens' environmental rights*», K. A. ANNAN, Prólogo de CEPE, La Convención de Aarhus - Una guía de implementación, 1.ª ed., p. v.

³¹⁷ EBBESSON (2006), *op. cit.*, p. 203.

i. Jurisdicción: exclusión del *forum non conveniens* con respecto a la jurisdicción de los tribunales del Estado del domicilio del demandado, definido ampliamente en el caso de personas jurídicas (*supra* N.ºs 41, 125-129)³¹⁸; conexión estrecha entre reclamos como un criterio de jurisdicción sobre múltiples demandados en caso de que el tribunal tenga jurisdicción basada en el domicilio de uno de ellos (*supra* N.ºs 124, 132-137)³¹⁹; la opción del demandante entre la jurisdicción del tribunal del Estado en el que el daño ocurre o puede ocurrir, o donde ocurre el hecho generador de los daños (*supra* N.º 113);

ii. Derecho aplicable: aplicación del Derecho del Estado en el que el daño se produce, con la opción para la persona que pide el resarcimiento de basar su reclamo en el Derecho del Estado en que ocurrió el hecho generador del daño (*supra* N.ºs 112 y 131);

iii. Reconocimiento y ejecución: debe proceder efectivamente, sujeto a las garantías usuales, si la sentencia extranjera se basa en los criterios de jurisdicción señalados en i; no debería exigirse reciprocidad³²⁰;

iv. Comunicación y cooperación judicial y administrativa: Comunicación transnacional directa entre tribunales, respetuosos de los derechos de las partes a ser oídas, con miras a evitar la duplicación de procedimientos y las dudas sobre las cuestiones de jurisdicción y las pruebas³²¹; cooperación transnacional directa entre puntos focales administrativos nacionales («Autoridades Centrales») con el fin de facilitar la notificación transfronteriza

³¹⁸ Véase Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, art. 2 (2); *International Law Association, Sofia Guidelines on Best Practices for International Civil Litigation for Human Rights Violations*, arts. 2.1., 2.5., *ILA Report of the 75th Conference held in Sofia*, 2012, pp. 321 y ss.

³¹⁹ *Sofia Guidelines* (nota al pie anterior), art. 2.2.

³²⁰ *Ibid.*, art. 5.

³²¹ *Ibid.*, art. 4.

de documentos, práctica de pruebas y la transmisión de las solicitudes de asistencia jurídica subvencionada cuando la misma esté disponible en el Estado requerido³²²; certificar la cualidad jurídica de una organización, o de los demandantes en una acción colectiva³²³; proporcionar información a extranjeros y residentes relativa a procesos de toma de decisiones sobre el ambiente en los que puedan participar³²⁴; y, en general, intercambio de información en materia ambiental con otros puntos focales³²⁵.

³²² Véase Convenios de La Haya sobre notificación de 1965, sobre obtención de pruebas de 1970 y sobre acceso a la justicia de 1980, en relación con las cuales, D. McCLEAN, «*Procedural Matters*», VON BAR, *op. cit.*, pp. 195 y ss. (pp. 202 y 203); Acuerdo de cooperación ambiental de América del Norte de 1993, *op. cit.*, art. 6; Convención de Aarhus de la UNECE de 1998, art. 9.

³²³ McCLEAN, *op. cit.*, p. 204.

³²⁴ Acuerdo de cooperación ambiental de América del Norte, art. 4; Convención de Aarhus de la UNECE, arts. 6-8.

³²⁵ Esto podría –quizás yendo más allá de los aspectos civiles– incluir el intercambio de información sobre el progreso alcanzado en la implementación de acuerdos globales sobre el medioambiente, incluido el Acuerdo de París 2015, el cual, aunque requiere que los Estados partes mejoren la participación pública y el acceso público a la información (art. 12), no establece un sistema de puntos focales nacionales que se comuniquen y cooperen entre sí a través de las fronteras.

Algunas conclusiones generales

150. Algunas pocas conclusiones generales emergen de lo anterior:

i. El Derecho internacional privado se originó como una parte integral del Derecho natural, universal. Con el nacimiento del Estado territorial soberano seguido por los Estados-naciones, se «nacionalizó», anclado en el ordenamiento jurídico doméstico –Derecho civil para «casos con un elemento extranjero»–. Hoy, bajo la presión de la globalización, el Derecho internacional privado es llamado, una vez más, a adoptar una perspectiva *transnacional*, en efecto, global.

ii. El Derecho internacional privado, mientras mantiene su enfoque específico en relaciones privadas –su fuerza y contribución vital al ordenamiento jurídico– es cada vez más *complementario* del Derecho internacional público regional y global. No solamente por su encarnación en tratados, regulaciones, etc., sino a través de su interacción con las reglas del Derecho internacional público, como ha sido ilustrado por la interfaz entre los convenios de La Haya sobre menores y los tratados de derechos humanos regionales y globales, y entre el Derecho internacional privado y las disposiciones de orden público en materias ambientales en el Derecho de la Unión Europea, así como por el rol del Derecho internacional privado en relación con los emergentes estándares globales sobre responsabilidad corporativa transnacional en materia de derechos humanos y medioambiente.

iii. La *cooperación institucional transfronteriza* directa –administrativa y judicial– se ha convertido en un dispositivo primordial, por un lado, para facilitar la movilidad y actividad transnacional, promover procedimientos civiles transfronterizos y la circulación global de documentos públicos, y, por el otro, para proteger a niños y adultos vulnerables de los serios riesgos de la globalización. Su potencial de gobernanza en nuevas áreas, como los acuerdos transnacionales de gestación subrogada, la migración temporal de empleados o la responsabilidad corporativa transnacional en materia ambiental, merece ser más explorado.

iv. Al final, el Derecho internacional privado enfrenta un doble desafío a la luz de la globalización: remover obstáculos obsoletos y provinciales a la actividad global transnacional productiva y positiva, así como proteger a los débiles jurídicos y el interés público vital, incluyendo bienes comunes, desempeñando de ese modo su rol en la construcción de un futuro sustentable para la humanidad y para el planeta.



ASADIP

ASOCIACIÓN AMERICANA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



ISBN: 978-980-7561-12-9



9 789807 561129