den de una causa de invalidez genética del contrato (en particular, la nulidad, anulabilidad y rescisión), es decir, para aquellas excepciones que se dirigen a hacer valer defectos del contrato tan graves que sería irrazonable (e injustificadamente restrictivo de las defensas del contratante llamado a cumplir) posponer su examen a un momento posterior al cumplimiento. Además, de nuevo en virtud del art. 1462 del Cód. Civil, incluso en los casos en que la cláusula sea efectiva, el tribunal, si reconoce que existen razones graves, puede suspender el cumplimiento, eventualmente imponiendo una fianza.

¿Es esto entonces compatible con el automatismo de la ejecución desencadenado por un algoritmo?

La respuesta no puede ser otra que negativa. Si el ordenamiento jurídico, a través de una disposición imperativa (como ciertamente el art. 1462 del Cód. Civil italiano), solo permite la limitación de determinadas excepciones (en primer lugar la *exceptio inadimpleti contractus*), y no de otras, es inevitable concluir que la cláusula de un contrato inteligente, que no permite al contratante individual suspender su propia prestación ante un hecho que fundamenta el planteamiento de una excepción que no puede ser comprimida (por ejemplo, la nulidad), debe considerarse nula. Esto equivale a sostener que los contratos inteligentes deben contemplar siempre mecanismos técnicos de suspensión de la ejecución, que pueden activarse a iniciativa de una de las partes **(61)**. Así, se hace realidad el deseo de una intervención restrictiva en este sentido recogido en la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 **(62)**, pero, al menos en la legislación europea, aún no aplicada **(63)**. Y lo mismo debe aplicarse a la exclusión de otros remedios dirigidos al "mantenimiento" del contrato (por ejemplo, reducción de la contraprestación, renegociación, etc.) cuando tengan carácter imperativo **(64)**.

La irreversibilidad del automatismo impuesto por el bloqueo, si no se corrige por medios técnicos que permitan detener, anular o "rebobinar" la ejecución **(65)**, hace inútil incluso el recurso al juez en el planteamiento de los llamados remedios "ablativos" (es decir, dirigidos a liberar a las partes de un vínculo contractual que presenta defectos genéticos o funcionales) **(66)**: un eventual pronunciamiento de nulidad, anulación o rescisión no podría, de hecho, afectar directamente a la ejecución en curso dentro de la *Blockchain*, que en todo caso proseguiría inexorablemente a pesar de la orden del tribunal, ni podría anular los efectos ya producidos **(67)**.

Obviamente, esto no significa que los recursos judiciales mencionados no estén disponibles, sino solo que corren el riesgo de quedar sin efecto, ya que no pueden afectar a los mecanismos automáticos que caracterizan a la *Blockchain*. Alguien ha hablado, pues, con razón, de un sistema de "doble nivel", uno *on-chain* y otro, con todas sus limitaciones, *off-chain*: "en el primero, ubicado dentro de la *Blockchain*, la ejecución del código colocado por las partes es automática e irreversible; en el segundo, que en cambio se mueve fuera de la *Blockchain*, perviven los recursos ordinarios posteriores y restitutorios basados en el sistema de los recursos y en el ejercicio de la *condictio indebiti* y, en general, todas las demás acciones que puedan ejercitarse ante la autoridad judicial **(68)**.

Sin embargo, esto refuerza la conclusión básica, a saber, que los dos planos, el de la tecnología y el del derecho, sin dejar de ser distintos, están continuamente entrelazados y, sobre todo, que la tecnología no puede dejar de llegar a un acuerdo con el derecho y sus normas, teniendo en última instancia que adaptarse a ellos.

VII. Algunas reflexiones conclusivas

Las consideraciones anteriores dan lugar a tres reflexiones finales.

La primera, de carácter general, es una directiva dirigida principalmente al legislador. Dada la velocidad del progreso tecnológico, cualquier legislación sobre contratos digitalizados debe seguir siendo tecnológicamente neutra, es decir, abstraída de las aplicaciones específicas de la tecnología de la información, para evitar que la rápida obsolescencia de la tecnología específica regulada se traduzca en una obsolescencia aún más rápida de las propias normas reguladoras **(69)**. El ejemplo regulatorio italiano, aunque pionero, muestra cómo la referencia en la regulación de los contratos inteligentes solo a un tipo específico de tecnología (la de los registros distribuidos) puede ser injustificadamente reductiva.

La segunda deriva de la ya mencionada opacidad del algoritmo. Dada la indiscutible adscribilidad de estos fenómenos al ámbito de la autonomía, el análisis debe centrarse en las técnicas que mejor garanticen la integridad de la voluntad de las partes contratantes, a fin de evitar que el ejercicio de la autonomía se resuelva en un simulacro de voluntad. También habría que distinguir entre los casos en que la opacidad de la tecnología digital afecta a ambas partes o solo a una de ellas, poniendo de relieve en este último caso una peculiar "asimetría tecnológica", con sus correlatos implícitos en cuanto a la relevancia de la (in)justicia contractual **(70)**. También debe abordarse la imposición a las partes de la adopción de dispositivos técnicos que les permitan eliminar o mitigar la irreversibilidad que actualmente caracteriza a los contratos inteligentes basados en sistemas *Blockchain*: en otras palabras, la rigidez del automatismo inherente a los contratos inteligentes debe, aunque dentro de ciertos límites, dar paso a la flexibilidad de la conducta humana, cuando sea necesario para el cumplimiento de normas imperativas.

La tercera reflexión, de tono más optimista, se refiere a la constatación de que los algoritmos, si se utilizaran bien, podrían incluso convertirse en dispositivos útiles para reforzar la autonomía privada, es decir, no para endurecer el contrato sino, muy al contrario, para "personalizarlo", poniendo la automatización al servicio de una mayor ductilidad de la institución y habilitándola, en contraste con la propia función de normalización para la que se concibió principalmente el algoritmo, para adaptarse con flexibilidad a situaciones cambiantes **(71)** o incluso para perseguir un mayor nivel de protección de las partes más débiles, incluido el consumidor **(72)**.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1582/2023

(61) Así también PASSAGNOLI, G., "Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale", Persona e mercato, 2019, p. 85.

(62) Véase *supra*, nota 18. En este sentido, véase también BIVONA, E., "Tutele preventive ...", ob. cit., p. 480, para quien no se trata de un resultado desproporcionado, al menos si se tiene en cuenta que "las aplicaciones previstas de los contratos *smart* no se limitan a las transacciones 'elementales', vinculadas a intercambios de prestaciones simultáneamente renunciadas por las partes en el momento de la celebración", sino que "se prevé ... extenderlas a acuerdos complejos, como los contratos de ejecución continua o periódica en los que las prestaciones recíprocas pueden combinarse de forma diversa", o incluso a las compraventas inmobiliarias.

(63) En el mismo sentido se pronuncian los *ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*, cit. p. 41, donde, en la parte expositiva, se aclara que "given the characteristics of blockchain technology (eg immutability), enforcement problems on-chain might arise (eg in the case of an unwinding of a contract and the need for a reverse transaction). How blockchain technology can (or should) adapt to ensure enforcement of rights on-chain has to be solved by technology experts, whereas, from a (merely) legal point of view, rights exist regardless of potential enforcement problems".

(64) Así, siempre, BIVONA, E., "Tutele preventive ...", ob. cit., p. 480.

(65) Cf. *ELI Principle 10 - Unwinding by Reverse Transaction*: "Where the applicable law provides for the unwinding of a Transaction, such unwinding shall normally occur by a Reverse Transaction unless the Blockchain at hand allows for the modification of blocks".

(66) BIVONA, E., "Tutele preventive ...", ob. cit., p. 480.

(67) MAUGERI, M., "*Smart Contracts* e discipline ...", ob. cit., p. 52, observa cómo hasta la fecha no existen instrumentos técnicos que den cabida a un "aparato correctivo que afecte coercitivamente a la *Blockchain*". Sobre el espacio residual al que los contratos inteligentes relegan la intervención del juez véase CLÉMENT, M., "Smart Contracts and the Courts", en DIMATTEO, L. A. - CANNARSA, M. - PONCIBÒ, C. (eds.), "The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms", *Cambridge University Press*, Cambridge, 2019, p. 271 y ss.

(68) Véanse BIVONA, E., "Tutele preventive ...", ob. cit., p. 480, y DI SABATO, D., "Gli *smart contracts: robot* che gestiscono il rischio contrattuale", Contratto e impresa, 2017, p. 401.

(69) La neutralidad tecnológica informa, por ejemplo, el mencionado Reglamento eIDAS. Con referencia específica a los contratos inteligentes, el principio también está consagrado en los *ELI Principles*, ob. cit., p. 38.

(70) Sobre este segundo eje de investigación se centra la reflexión de FEDERICO, A., "Equilibrio e contrattazione algoritmica", ob. cit., p. 493.

(71) La "personalización" del Derecho y de las vías de recurso que ofrecen las tecnologías de la información es el tema, en particular, de los recientes estudios de BEN-SHAHAR, O. - PORAT, A., "Personalized Law: Different Rules for Different People", Oxford, 2021; CASEY, A. J. - NIBLETT, A., "Self-Driving Laws", *University of Toronto Law Journal,* 2016, p. 429 ss. En Italia, el tema ha sido abordado, desde el ángulo específico de la protección de los consumidores, por PATTI, F. P., "Personalization of the Law and Unfair Terms in Consumer Contracts", Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3466214, october 2019, en: https://ssrn.com/abstract=3466214.

(72) Por ejemplo, activando prestaciones compensatorias automáticas a su favor: así BORGOGNO, O., ¿"Smart Contracts as the (new) Power of the Powerless? The stakes for Consumers", 26 European Review of Private Law, 2018, p. 885 y ss.; FRIES, M., "Schadenzersatz ex machina", Neue Juristische Wochenschrift, 2019, p. 901 y ss. Sin embargo, expresan sus dudas al respecto GUGGENBERGER, N., "The Potential of Blockchain for the Conclusion of Contracts", in SCHULZE, R. - STAUDENMAYER, D. - LOHSSE, S. (eds.), "Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps", Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 83; y JANSSEN, A. - PATTI, F. P., "Demistificare ...", ob. cit., p. 38.

Los modos de producción del derecho privado en la internacionalidad

El rol del derecho flexible

Noemí L. Nicolau

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Honoraria de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de esa Universidad.

SUMARIO: I. Internacionalización, globalización. Marginación.— II. La internacionalización jurídica.— III. Los modos de producción del derecho privado en la internacionalidad.— IV. El derecho flexible, el derecho privado y la internacionalidad.

Abstract

En este trabajo se aborda el análisis de la internacionalización jurídica desde la perspectiva de la cuestión de las fuentes y, en especial, en la formación de un "derecho flexible" como herramienta esencial para su evolución y para satisfacer los requerimientos normativos frente a los nuevos desafíos de una sociedad impactada por los avances científicos. Se concluye que la internacionalización jurídica debe propiciarse por diferentes medios ya que resulta beneficiosa para el mejoramiento del derecho interno y para la población del país. Se advierte sobre la recepción de derecho extranjero con el fin de preservar la identidad de nuestros institutos jurídicos esenciales.

Abstract

This paper addresses the analysis of legal internationalization from the perspective of sources and the formation of a "flexible law" as an essential tool for its evolution and to satisfy the regulatory requirements facing the new challenges of a society impacted by scientific advances. We conclude that legal internationalization should be promoted by different means since it is beneficial for the improvement of domestic law and for the people. It is warned about the reception of foreign law to preserve the identity of our essential legal institutes.

I. Internacionalización, globalización. Marginación

El movimiento de internacionalización de los Estados nacionales que es de vieja data, en la actualidad ha recobrado nueva fuerza, aun cuando, en los últimos años, se habla también de desglobalización. Históricamente, ha sido entendido como una necesidad y como un medio a fin de lograr diferentes integraciones regionales. Alcanzar un proceso exitoso exige a los países abordar la internacionalización como política pública de largo alcance, a partir de perspectivas consensuadas en torno al desarrollo cultural de cada pueblo. Se trata de políticas públicas que se concretan en forma paulatina, impulsadas con convencimiento y persistencia por los diferentes gobiernos nacionales que se sucedan. Los países europeos, y la propia Unión Europea, constituyen ejemplos paradigmáticos de esos esfuerzos.

En el complejo mundo de este tiempo, el interés que se advierte por alcanzar una correcta internacionalización de los Estados quizás derive del temor, relativamente fundado, a la globalización exacerbada y a su contracara, el aislamiento de algunos países. Pero, sobre todo, la necesidad de la internacionalización se advierte desde una dimensión fáctica en la que aparecen problemas que podrían encontrar mejores soluciones, en la medida que se perfeccionara la internacionalidad jurídica, tales los problemas jurídicos que se suscitan por el enorme despliegue de las plataformas digitales y por el tránsito de personas y familias que derivan, entre otras cuestiones, en la adopción internacional o la gestación por sustitución internacional, por la difusión de la sanidad móvil y la telemedicina.

La internacionalización de un país tiene como uno de sus ejes centrales la internacionalidad jurídica que, en el pasado, recién fue posible merced a la existencia de los Estados nacionales independientes, con culturas similares, pero distintas. Nació en el ámbito de lo público y fue transitando luego a lo privado (1).

Con acierto se ha dicho que en el ámbito del derecho occidental posmoderno el patrimonio histórico compartido de la internacionalidad se concreta en un régimen relativamente capitalista, un capitalismo que nace centrado en lo comercial luego gira a lo industrial y, en el presente, se enfoca en lo financiero. Podría pensarse que el enorme mercado financiero internacional es hoy lo trascendente (2).

El proceso de internacionalización posibilita a los pueblos, mediante la incorporación de lo externo, obtener los beneficios de la cooperación mutua y la expansión recíproca, lo cual compensa la imperfección de cada uno en particular (3). Ya lo decía Bidart Campos hace décadas, el Estado requiere para su bien común público incorporarse e integrarse en la comunidad internacional organizada para no empobrecer o tornar insuficiente su bien común interno (4). Sin embargo, hay que tener presente que ese proceso, según como se conduzca, corre el riesgo de ser presa de la globalización, no solo de los mercados, sino también de la cultura y de la vida en general.

Para comprender el fenómeno hay que diferenciar la internacionalización, de la universalización y de la globalización. No son términos equivalentes ni sinónimos. La *internacionalización* se fundamenta en el reconocimiento de los Estados nacionales, refiere a un ordenamiento jurídico que adopta caracteres propios; la *universalización* alude a algo espacial (5); mientras que la *globalización*, en esencia, es un fenómeno de uniformidad económica que atenta, de alguna manera, contra la diversidad de los Estados nacionales y que se ha venido construyendo en torno a los factores de poder económico internacionales.

La internacionalización requiere un cierto *equilibrio inestable,* entre elementos de cultura general, de economía y de poder. Ese delicado equilibrio entra en crisis cuando se altera por la prevalencia de algunos poderes fácticos, por ejemplo, la actual globalización en la que puede observarse cierto predominio de la cultura anglosajona que, llevada a los extremos, conduce a los pueblos más desfavorecidos a la marginación (6), porque no pueden sumarse al modelo predominante por sus idiosincrasias culturales, que les impide incorporarse con facilidad a esa cultura y, por tanto, quedan excluidos del proceso.

Quienes relacionan esa marginación con la actual globalización atribuyen el fenómeno a la crisis económica global del año 2008 y, además, señalan que, según informes del Banco Mundial, la propuesta de proyección universal de acceso a los bienes para todos los pueblos y todas las personas todavía no se ha logrado. Se dice, también, que la globalización no tiene por qué ser siempre calificada como negativa, porque podría no serlo, si se lograra construir la justicia social y evitar la marginación y la vulneración de los derechos humanos (7).

Pasan los años y los enigmas relativos a la globalización siguen vigentes. Así, surge la pregunta si se trata de un fenómeno de fusión o interrelación de la cultura occidental, quizás del sistema capitalista, o, en cambio, de asimilación de un pueblo por el otro, cercano a la dominación. El interrogante recurrente es el que se formulan quienes piensan acerca de la viabilidad futura del fenómeno (8).

Entendemos que, si se fuera superando ese modelo actual de la internacionalidad un tanto distorsionado, sin caer en otros modelos, igualmente globalizadores de signos diferentes, pero siempre extremos, se alcanzaría, quizás, el equilibrio humanista que demanda el Siglo XXI.

A partir de esta mirada que, en parte, adhiere al actual proceso de internacionalidad, aunque, también es en parte recelosa, abordaremos el análisis somero de la internacionalización jurídica para detenernos en la cuestión de las fuentes y, en especial, en la formación de un "derecho flexible". Nos interesa subrayar el significado que tiene un derecho flexible para un sistema de derecho privado proclive a la internacionalización, porque puede ser una herramienta esencial para su evolución y para satisfacer los requerimientos normativos frente a los nuevos desafíos de una sociedad impactada por los avances científicos tecnológicos (9).

II. La internacionalización jurídica

a) La internacionalidad jurídica es posible porque existe un acervo común de la juridicidad que, aun en la diversidad, no impide reconocer un núcleo o matriz identitaria del fenómeno de lo jurídico (10), ejemplos de esta afirmación pueden verse en los diferentes procesos de integración regional. Un caso muy claro es la matriz romanística del sistema jurídico latinoamericano (11).

b) En ese contexto, la internacionalización jurídica se ve favorecida por los fenómenos que caracterizan al Derecho privado de este tiempo en los sistemas iusprivatistas internos, pertenecientes a la familia jurídica occidental continental. Se pueden señalar como rasgos comunes tendencias a la recodificación, el principialismo y la constitucionalización, movimientos que enraízan en la internacionalidad actual.

La *recodificación del Derecho privado* marca al Siglo XXI, así como el siglo XIX fue el tiempo de la codificación y el siglo XX, la edad de la descodificación, en el decir tan claro de Irti (12). Esos procesos han sido una de las principales fuentes de la internacionalización jurídica.

En efecto, recién nacido el siglo XIX, Francia aporta su emblemático Código civil que fue haciendo camino por los nacientes Estados nacionales europeos. Aun cuando Alemania resistió la codificación napoleónica, en corto tiempo, codificó su derecho civil desde otra perspectiva, pero siempre en base a un modelo de código. Por otra parte, la pronta descodificación de los códigos decimonónicos, apenas iniciado el siglo XX, también fue consecuencia de un movimiento de internacionalización, porque los Estados nacionales se abrieron a la recepción de derecho extranjero y fueron adaptando esas leyes a su derecho interno, todo lo que cual hizo mella en sus sistemas codificados. La primera gran "descodificación" de nuestro Código Civil fue el dictado de la ley 2393 de Matrimonio Civil, en línea con el derecho civil francés.

En el siglo XXI, muchos países optaron por recuperar, aunque fuera en parte, su sistema codificado, de manera que *aggiornaron* sus viejos códigos civiles y comerciales con importante incorporación de institutos propiciados por los modelos internacionales, como ser los nuevos criterios incorporados a la teoría general del contrato con la impronta de la principios sobre los contratos comerciales internacionales, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT); la incorporación de los derechos del consumidor en el cuerpo del Código, que sigue criterios del derecho alemán; la regulación de los contratos de agencia, concesión y franquicia, que también se funda en los normas propuestas por UNIDROIT; las normas de arbitraje que tienen su fuente entre otras de la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

En cuanto a la relación entre la internacionalidad y la *corriente principialista en el derecho privado* es posible observarla en los procesos de recodificación de los derechos nacionales, que están signados, en gran medida, por el principialismo, corriente que llega también de los modelos internacionales.

En el derecho argentino, para apreciar la incidencia de esa corriente, basta recordar los fundamentos de la Comisión Redactora del Proyecto de Código civil y comercial, cuando afirma que: "También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No consideramos conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico".

Los principios generales sobre los cuales se estructura el nuevo ordenamiento normativo fueron recogidos en su Título Preliminar. En el art. 3º refiere al principio de razonabilidad, cuando exige que el juez debe resolver los casos con decisiones razonablemente fundadas. En el art. 9º enuncia el principio de buena fe, en los arts. 10 y 11, el abuso del derecho y en el art. 12, el principio del orden público. Luego, al comenzar la regulación de los diferentes institutos establece las disposiciones generales de estos que, en gran medida, son los principios que lo rigen.

La corriente principialista trata de elaborar un sistema de derecho privado minimalista, en el que el régimen legal consigna los principios generales del derecho que constituyen su eje central, y establece, luego, las disposiciones generales para cada instituto. Determina los principios específicos que le son aplicables junto a un número mínimo de normas básicas. Por supuesto, no es sencillo resolver un caso judicial en base sólo a principios porque son normas abiertas de

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración", Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía social, Facultad de Derecho UNR, Nº 24, 2000, ps. 41/56.

(2) Ídem.

(3) CÓRDOBA, Marcos M., Presentación de la "Revista Internacionalización del Derecho", Sup. Internacionalización del Derecho 2022 (agosto), 1 - LA LEY, 2022-E.

(4) BIDART CAMPOS, Germán, "Los derechos del hombre", Ediar, Bs. As., 1974, p. 160.

(5) Ídem, p. 156.

(6) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, ob. cit.

(7) SOSA, Gualberto Lucas, "El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización", en El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, Direc. Atilio Alterini - Noemi Nicolau, La Ley, Bs. As., 2005, p. 196.

(8) GELLI, María Angélica, "La globalización jurídica y el regreso de las soberanías nacionales en materia de derechos humanos. ¿Hacia un punto de equilibrio razonable?", LA LEY, 2018-D, 1033.

(9) En ese sentido p.v. nuestra opinión en "El 'derecho flexible', 'droit souple' o 'soft law' en el derecho argentino. Su influencia en la responsabilidad civil", en Estudios sobre Obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al Académico Félix A. Trigo Represas, Instituto de Derecho civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., La Ley, Bs. As., 2022, p. 155.

(10) SANTARELLI, Fulvio G., "Palabras Preliminares", Sup. Internacionalización del Derecho 2022 (agosto), 1 – TR LALEY AR/DOC/2076/2022.

(11) SCHIPANI, Sandro, "Il diritto romano nel nuevo mondo", Il diritto dei nuovi mondi (dir. G. Visintini), Padova, 1994, p. 89.

(12) IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, Milano, 1979.

aplicación dificultosa. Son normas que permiten fundar una decisión porque tienen en sí, su propia fuerza de convicción, como diría Larenz (13). No es sencillo, pero permite acercarse a la solución más justa del caso concreto.

La *constitucionalización* es otro rasgo que caracteriza al Derecho de este tiempo, en especial al Derecho Privado. El sistema jurídico se construye, al menos, en las democracias occidentales, a la luz de sus cartas magnas y los tratados internacionales de derechos humanos. El régimen constitucional y convencional, que fuera el instrumento de protección contra el Estado, rige ahora también en las relaciones entre particulares.

La constitucionalización del Derecho Privado es un emergente de la internacionalización de los derechos humanos, de manera que se cierra el círculo. Puede decirse que, desde el derecho internacional de los derechos humanos se impulsa la constitucionalización del derecho privado interno y que, desde el derecho privado interno constitucionalizado se favorece la internacionalización del país, empleando la expresión de Bidart Campos, cuando alude a esa especie de corriente circular en la que, desde el derecho constitucional se ascendió al derecho internacional y, desde este se opera un retorno a la cuna originaria interna (14).

Asimismo, la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial se refirió a esta característica del Derecho privado actual en sus Fundamentos diciendo que "En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

c) Como se dijo, la internacionalización jurídica es beneficiosa, porque es uno de los elementos estructurales de la internacionalización cultural de los países y, en especial, de la económica, pero es imprescindible que la recepción de derecho foráneo se concrete de manera cuidadosa.

El medio óptimo para desarrollar la internacionalización jurídica es el conocimiento del mundo jurídico interno de los diversos países, lo cual implica acercar recíprocamente a quienes hacen la doctrina, posibilitar un acceso fluido a la legislación y a la jurisprudencia. Es este el rol que le toca al emprendimiento académico y editorial en el que sumamos este aporte.

Debe señalarse que la tarea de internacionalizar un país no debe quedar reducida a la órbita exclusiva de los mercados, ni de los economistas, ni de los políticos, como suele acontecer. Es una tarea también jurídica y, quizás, ese debería ser el centro de donde se parta para consultar los otros órdenes sociológicos, la cultura, la economía, la educación.

d) La internacionalidad en materia jurídica en el ámbito del derecho privado se ocupa de los más diversos temas, sin embargo, es necesario atender prioritariamente aquellos que satisfagan las múltiples urgencias de la mayoría de los ciudadanos.

En nuestro país, por ejemplo, desde el punto de vista del derecho económico se presta especial atención a la problemática financiera internacional, aun cuando se dice que nuestro propio mercado financiero es reducido, así como a las cuestiones societarias que impactan en las fusiones, transferencias y demás negocios de grandes grupos empresariales. Acompañan esos temas la atención a los mega contratos financieros y de inversiones. Sin duda es correcto preocuparse porque ese mercado funcione, sin embargo, ese trabajo no debería implicar el abandono de todo esfuerzo por modernizar los sistemas jurídicos para las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMES) y el régimen de algunos contratos de la vida cotidiana, por ejemplo, el de locación de inmuebles.

En cuanto a la mejora de la calidad de vida de la población, la modernidad que la internacionalidad puede traer en materia de Derecho privado se manifiesta todavía precaria. Se receptan con el mayor interés "temas de moda" que preocupan a grupos reducidos de personas que pertenecen a sectores reducidos de la población, mientras que se ignoran o postergan modelos jurídicos que podrían resolver los problemas que aquejan a un alto porcentaje de la población que vive con pésima calidad de vida, sobre todo en los entornos de las grandes ciudades y el resto del interior del país. Será necesario intensificar la mirada internacional acerca del mejor modo de lograr la protección de la persona, de las familias y, en general, de los más vulnerables.

III. Los modos de producción del derecho privado en la internacionalidad

Un sistema jurídico que intenta la internacionalidad debe comenzar por el relacionamiento con las fuentes internacionales de derecho y con el derecho interno de otros países. Si esos vínculos resultan exitosos pueden significar un camino de mejoramiento del propio sistema, siempre que se conduzca en forma cuidadosa la recepción de otros derechos, como venimos diciendo.

Para analizar los procesos de internacionalización es preciso analizar el modo en el que operan en ese ámbito las fuentes clásicas de producción del derecho que, como es sabido, son la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

a) Respecto de *la ley* como fuente de derecho, al no existir en la internacionalidad órganos legislativos con competencia global, destinados a la producción de leyes en sentido formal, rigen los tratados internacionales. De modo que, en principio, esas normas son la expresión de mayor autonomía de los Estados que los suscriben, entendida esa autonomía con la relatividad que campea siempre en las negociaciones, que pueden no ser paritarias según el poder de negociación que detente cada parte.

Sin duda, uno de los medios para lograr la internacionalización es que sean efectivamente aplicadas las normas de los tratados ratificados. En nuestro país, de acuerdo con la teoría más clásica, los tratados con jerarquía constitucional, que forman parte del bloque de constitucionalidad, tienen una situación privilegiada, prevalecen sobre el derecho interno y son aplicados en la mayoría de los casos en los que corresponde su aplicación. En cambio, los tratados infra constitucionales, aunque también prevalecen sobre el derecho interno, en ocasiones no se aplican en forma efectiva. En una mirada más moderna, se afirma que la internacionalización se favorece si en la relación entre el régimen internacional y el constitucional interno se adopta una posición de pluralismo jurídico que entiende esa relación como una interacción, como un acoplamiento normativo (15).

Por otra parte, hay quienes están persuadidos de que la inserción del país en el contexto internacional se va gestando mediante la recepción de leyes que aparecen como eficientes en los países más desarrollados. En algunos casos el legislador interno traspola una ley de otro país sin considerar la coherencia de las nuevas normas en el sistema jurídico vigente o, lo que es más grave aún, sin analizar en qué medida la nueva ley será eficiente en el país de recepción. Entre nosotros, el ejemplo paradigmático es la ley 24.064 de Factura Conformada (16).

Otro modo indirecto de ir alcanzando la internacionalización es la remisión que los tribunales en materia iusprivatista suelen hacer en sus sentencias a normas internacionales no ratificadas por nuestro país o a normas vigentes en otros países, que no son de fuente legal. Por ejemplo, la sentencia que trató una resolución de la Policía Federal (17) respecto de la altura mínima que debían tener los aspirantes a ingresar a la institución, caso que se resolvió acudiendo, de alguna manera, a una solución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (18). Se trata de situaciones en las que aparece el fenómeno del derecho flexible que se verá más adelante.

Asimismo, es muy interesante observar de qué manera se construye en un lento proceso la internacionalidad en los derechos internos por la influencia de los modelos jurídicos que se ofrecen por instituciones internacionales privadas o semiprivadas como puede ser UNIDROIT, en cuyos documentos se fundan diversos institutos de nuestro Código Civil y Comercial, o las CIDIPS.

El art. 2599 expresa la fuerte vocación del ordenamiento jurídico argentino por construir internacionalidad cuando impone las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluye la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Aclara el legislador que "Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso".

b) En el camino a la internacionalidad la *jurisprudencia* es otra fuente fecunda de normas. Por un lado, se encuentra la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los cuales los países se someten mediante su adhesión a determinados tratados. Esas decisiones, que resuelven casos individuales sometidos a la jurisdicción internacional, influyen en gran medida en la jurisprudencia de los tribunales nacionales, que en numerosos casos adoptan sus soluciones como doctrina judicial, un ejemplo significativo es el empleo reiterado de la doctrina del caso "Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19).

Por otra parte, numerosas relaciones jurídicas entre privados quedan sometidas a tribunales que no son los tribunales nacionales de la competencia que correspondería a los casos. Sabido es que en los negocios internacionales, merced a la autonomía privada en materia contractual, las cláusulas de prórroga de jurisdicción y las cláusulas compromisorias someten los pleitos que se susciten entre las partes a tribunales de otros países o a tribunales arbitrales, por lo general extranjeros. En nuestro país la importancia del arbitraje comercial internacional ha sido reconocida con la puesta en vigencia de la ley 27.449, que proporciona normas precisas con relación a su articulación con la justicia estatal destinada a brindar la apoyatura y la contención final que el sistema requiere (20). Los laudos arbitrales y también las sentencias de tribunales extranjeros que resuelven casos que presentan vínculos estrechos al sistema nacional, al final también inciden en la jurisprudencia interna.

Inclusive, en muchos casos, los jueces locales refieren como cita de autoridad a sentencias de los tribunales internacionales o de otros países, de manera que indirectamente terminan siendo una fuente de producción de derecho interno. Como ejemplo solo cito uno de los muchos casos en los que se tiene como fuente y se hace referencia a sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (21). Por otro lado, en ocasiones, frente a situaciones nuevas en las que hay ciertas lagunas en el derecho interno los jueces nacionales suelen recurrir a jurisprudencia de otros países (22).

c) En cuanto a *la costumbre,* es un gran modo de producción jurídica en la internacionalidad, sobre todo en materia comercial. El ejemplo paradigmático es la *lex mercatoria*. Es posible que los autores de esas normas que llegan a constituirse como consuetudinarias son, en la realidad, los empresarios del comercio internacional que van normativizando sus reglas convencionales mediante la repetición de aquellos actos que estiman comercialmente valiosos para sí. Por lo cual, si así fuera, la legitimidad de esas costumbres podría cuestionarse porque, quienes "construyen la norma" son a la vez sus principales beneficiarios (23).

En ese sentido, un problema importante plantea en el derecho interno la recepción de la costumbre internacional cuando ese modelo-seguimiento se origina en contratos no negociados, predispuestos por quienes tienen poder hegemónico en el mercado o en la sociedad. Esto se patentiza con claridad en la recepción de algunos institutos difundidos en otros países que se introducen

(13) LARENZ, Karl, "Metodología de la ciencia del derecho", Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 418.

(14) BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit., p. 169.

(15) von BOGDANDY, Armín, "Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos normativos nacionales", en Capaldo Griselda, Sieckmann, Jan - Clérico, Laura (Direc) Internacionalización del Derecho constitucional, constitucionalización del Derecho internacional, Eudeba, Bs. As., 2012, p. 26.

(16) ARGERI, Saúl A., "Factura conformada", LA LEY, 1980-C, 1243.

(17) CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 14/10/2021, "Oviedo, Viviana Alejandra c. EN-PFA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.",; TR LALEY AR/JUR/158998/2021.

(18) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el "Asunto C- 409/16 Ypourgos Esoterikon e Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton c. María - Eleni Kalliri, sentencia del 18/10/2017".

(19) Caso ante la Corte IDH Serie C No. 257, diciembre 2012.

(20) UZAL, María Elsa, "La internacionalidad, la arbitrabilidad y el derecho aplicable en la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional", RDCO 292-619.

(21) En el fallo de la CS, 30/06/2021, "Farmacity SA c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ pretensión anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", La Ley 02/09/2021, 7; Sup. Adm. 2021 (octubre), 13, el tribunal se apoya en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-531/06, "Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana", del 19/05/2009.

(22) Un ejemplo claro de esta cuestión es la sentencia del TTrab. La Plata, Nro. 2, 29/09/2021, "Ministerio de Trabajo c. Rappi Arg. SAS s/ Apelación de Resolución administrativa", TR LALEY AR/JUR/152186/2021.

(23) NICOLAU, Noemí L., ob. cit., p. 161.

como modelos importantes, por ejemplo, los denominados conjuntos inmobiliarios, los clubes de campo, regulados ahora por el Código Civil y Comercial (arts. 2073 y ss.) después de los innumerables problemas que se han suscitado en torno al sistema de los derechos reales, algunos de los cuales todavía persisten.

Las condiciones generales de los contratos constituyen otro caso de supuesta costumbre comercial. Como regla, no deberían ser consideradas parte de la costumbre comercial porque un gran número de condiciones generales de contratación han surgido como cláusulas impuestas por las grandes empresas internacionales en sus contratos internacionales; de ellos emigran a los contratos del derecho interno, porque los contratantes en la contratación interna las emplean, en parte por el modelo-seguimiento y, en parte, porque son impuestas por las multinacionales con las cuales operan en el mercado interno. De modo que es necesario que los tribunales nacionales las interpreten como cláusulas predispuestas y apliquen el régimen especial incorporado ahora en el Código Civil y Comercial (arts. 984 y ss.).

Diferente y más grave aún resulta cuando se trata de imponer por quienes tienen poder en los negocios globalizados el modelo propio de una determinada cultura, y logran instalarlo como "costumbre" en países diversa cultura. Es decir, en el camino a la internacionalización se trata de imponer normas consuetudinarias bien diferentes a las costumbres locales, que pueden acabar siéndolo. Por ejemplo, entre nosotros puede verse el esfuerzo que se realizó para imponer un programa vacacional muy diverso al sentido de las vacaciones de las familias argentinas: el contrato de tiempo compartido, que no tuvo el éxito que se vislumbrara.

d) En todo proceso de internacionalización jurídica *la doctrina,* como modo de producción jurídica, cumple un rol significativo. Precisamente, son los juristas quienes en sus investigaciones abrevan en el derecho foráneo, lo cual tiende a la actualización del derecho interno y lo pone en la senda del progreso, siempre que se recepcione lo nuevo con razonabilidad.

Creemos en la influencia notable de la doctrina en la producción de normas, aunque reconocemos que cuando la construcción omite el análisis de la dimensión sociológica y axiológica de su objeto de estudio el aporte es confuso, escaso o inexacto. Coincidimos al respecto con la crítica mirada de Philippe Jetaz (24).

En ocasiones, algunos estudiosos se entusiasman en demasía y militan en el derecho interno por la recepción de determinados institutos procedentes de otras familias jurídicas, que no es fácil compatibilizar con nuestro sistema y pueden disimular verdaderos conflictos de interés. En todas las ciencias se suscita ese conflicto cuando el científico se presenta como sostenedor de un tema para el progreso del saber, pero es un extremista militante de la causa. En la doctrina argentina pueden encontrarse algunos ejemplos.

En el derecho privado la circulación nacional e internacional de la doctrina sigue una pluralidad de líneas que son fácilmente reconocibles e incide en la formulación de los códigos y en su recodificación. Es que los códigos de derecho privado no son un patrimonio exclusivo del Estado nacional que los aprueba, sino, que tienen una correspondencia con la dimensión doctrinal en que se sustentan (25).

Como se ha visto, cuando el sistema jurídico de un país propicia la internacionalidad, de manera implícita, se inclina hacia un derecho privado más flexible y, a la recíproca, si el derecho privado interno es flexible mantiene la predisposición a la internacionalidad. De la flexibilidad en el derecho nos ocupamos a continuación.

IV. El derecho flexible, el derecho privado y la internacionalidad

Cuando se alude al derecho flexible se hace referencia a un derecho construido mediante normas que, aun no siendo espontáneamente vinculantes, tienen por objeto producir efectos sobre los agentes jurídicos o económicos dirigiendo su comportamiento, con el fin de obtener una adhesión espontánea a ellas (26). En la jurisprudencia argentina pueden encontrarse algunas sentencias que aplican, aunque sea de modo relativo, estas nociones (27).

En nuestra opinión el derecho flexible es fuente de derecho y se caracteriza por su *finalidad esencial*, su *negociabilidad* y su *relativa carencia de fuerza obligatoria*. Se trata de normatividades destinadas, esencialmente, a la mejora y modificación de las conductas sociales. Se materializan en muy diversos documentos surgidos de la autonomía privada y, a diferencia de las normas legales, carecen de fuerza obligatoria, aun cuando pueden llegar a adquirir una relativa obligatoriedad (28).

El derecho privado interno cuando admite la aplicación de normas de derecho flexible favorece una mayor internacionalidad, porque de ese modo es proclive a la recepción de otros modelos que coadyuvan a esa flexibilidad.

Reconocemos que un ordenamiento normativo flexible, aun en el ámbito del derecho privado, suscita resquemores. Se alega por sus detractores que el derecho blando se caracteriza por las incertezas, porque vulnera los rasgos esenciales del derecho en la medida que propicia la inseguridad jurídica por su falta de completitud y claridad. No obstante, creemos que es posible que esos obstáculos sean superados por las ventajas que trae aparejadas.

El meollo de la cuestión es operar en el marco de un sistema normativo flexible, pero empleando a ultranza el sentido común, con miras a resolver los casos sometidos a juicio con la mayor justicia posible. Se trata de abandonar la cómoda posición en la que se encuentran quienes entienden satisfacer el cumplimiento de la obligación de resolver, mediante la mera aplicación del derecho legal, aunque saben que de esa manera se consolidan soluciones notoriamente injustas (29).

Un derecho nacional abierto a la internacionalidad, cuando reúne los caracteres de derecho flexible, no solo beneficia al ordenamiento normativo interno, sino que puede coadyuvar también al mejoramiento de la realidad social, porque es posible que los problemas complejos, a veces insolubles para el sistema legal, se resuelvan mediante soluciones adoptadas con sentido común y recursos novedosos, que reconozcan la heterogeneidad de las normas.

Desde la perspectiva de un sistema de derecho interno flexible se comprende la importancia de los modos de producción de normas en el marco internacional. No puede negarse la posibilidad de que los jueces nacionales al momento de resolver casos complejos, inclusive frente a lagunas legales, recurran a Directivas de la Unión Europea o a la doctrina judicial sentada en las sentencias de tribunales internacionales.

En conclusión, la internacionalización jurídica debe propiciarse desde las políticas públicas y en el ámbito de la doctrina en tanto es beneficiosa para el mejoramiento del derecho interno y, al final, para la población del país. Es necesario, sin embargo, trabajar de manera cuidadosa la recepción de derecho extranjero a fin de preservar la identidad de nuestros institutos jurídicos esenciales.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1583/2023

(24) JESTAZ, Philippe, "Doctrine" vs. sociologie. Le refus des juristes, en Droit et societé, 2016/1 (Nº 92), p. 139.

(25) SCHIPANI, Sandro, "Le vie dei Codici Civili. La codificazione del diritto romano comune e l'interpretazione sistematica in senso pieno. Per la crescita della certezza del diritto", Jovene editore, Napoli, Italia, 2023, p. 10.

(26) THIBIERGE, Catherine, "Rapport de synthèse, Le droit souple Journées nationales", Tome XIII / Boulogne-sur-Mer, Association Henri Capitant, LGDJ, Dalloz, 2009, p. 143.

(27) P. v. CContenciosoadministrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 21/10/2020, Asesoría Tutelar Nº 1 Ante la Cámara CA y t c. GCBA s/ acceso a la información, TR LALEY AR/JUR/61755/2020. Asimismo, JEnjuiciamiento Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5/01/2010, "Parrilli, Rosa Elsa", LA LEY, 2010-B, 453.

(28) NICOLAU, Noemí L., ob. cit., p. 167.

(29) En el célebre caso de la CNCiv. en Pleno, de fecha 3/10/1951, "Cazes de Francino, Amalia c. Rodríguez Conde, Manuel" (LA LEY, 64-476) se trataba de definir, interpretando al artículo 1187 del Código civil, si el juez podía o no suscribir la escritura traslativa de dominio cuando el condenado a escriturar en base a un boleto de compraventa inmobiliaria no cumplía. La mayoría resolvió que en un juicio ordinario por escrituración de compraventa voluntario de un bien inmueble puede el juez firmar la escritura si no lo hace el obligado. La minoría se apoyó en el voto de Sánchez de Bustamante quien dijo: "Reconozco que nuestro código es susceptible de ser perfeccionado, pero la reforma debe venir por la vía legislativa y abarcando el problema en su conjunto, ya que son graves y variados los efectos que pueden surgir de la sentencia constitutiva (v. gr.: traslación del dominio, riesgos de la cosa, evicción, efecto respecto de terceros, etc.). Su régimen escapa a la potestad judicial". Si la mayoría hubiera seguido ese criterio recién en el año 2015 estaría resuelto el problema porque se produjo la reforma que el camarista solicitaba en el año 1951.

La contribución imprescindible del Derecho Internacional Privado para facilitar los derechos de los migrantes

María Blanca Noodt Taquela

Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Academia de La Haya de Derecho Internacional en el curso del año 2012.

SUMARIO: I. El fenómeno de las migraciones internacionales y su constante incremento.— II. Concepto de migrantes, refugiados y asilados.— III. Reconocimiento de la contribución de la migración al desarrollo sostenible. La agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de la Naciones Unidas.— IV. La situación en Argentina. Cambio del perfil migratorio entre el siglo XIX y el siglo XXI en Argentina.— V. La política migratoria nacional: medidas de carácter integral y permanente y medidas de carácter excepcional.— VI. Regularización de la situación de los migrantes provenientes de otros Estados Parte del MERCOSUR.— VII. Inexistencia de un tratado internacional que contenga una regulación integral sobre los migrantes.— VIII. Organismos internacionales: Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Organismos estatales y privados de protección y ayuda a los migrantes en Argentina.— IX. Situaciones privadas internacionales que afectan a los migrantes. Dificultades para acreditar la identidad, la filiación y el matrimonio.— X. Documentación de los migrantes. Importancia de la supresión de legalizaciones y *apostille* y de la documentación plurilingüe. La Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC).— XI. La Comisión Internacional del Estado Civil en Argentina.— XII. Posibles normas de fuente interna sobre emisión de documentación a los migrantes.— XIII. Otros modos de cooperación administrativa internacional.— XIV. Nombre de las personas.— XV. Imprescindible contribución del DIPr para abordar otras situaciones de los migrantes.— XVI. Nómades digitales.— XVII. Conclusiones. Recomendaciones y propuestas.