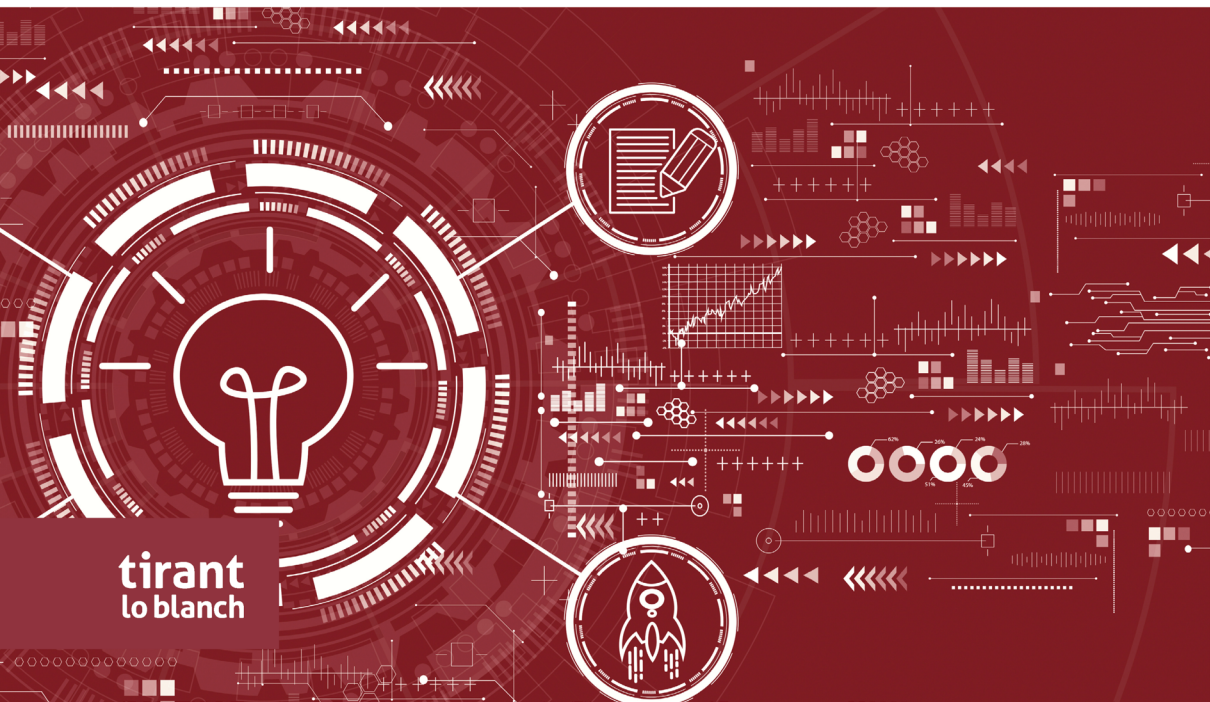


ORGANIZADORES
GUILLERMO PALAO MORENO
INEZ LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS
RENATA ALVARES GASPAR
THIAGO PALUMA

JUSTIÇA CIVIL INTERNACIONAL E DESAFIO DIGITAL: UMA ANÁLISE IBERO-AMERICANA

JUSTICIA CIVIL INTERNACIONAL Y DESAFÍO DIGITAL: UN ANÁLISIS IBEROAMERICANO



tirant
lo blanch

Organizadores

Guillermo Palao Moreno
Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Renata Alvares Gaspar
Thiago Paluma

JUSTIÇA CIVIL INTERNACIONAL
E DESAFIO DIGITAL:
UMA ANÁLISE IBERO-AMERICANA

JUSTICIA CIVIL INTERNACIONAL Y DESAFÍO DIGITAL:

UN ANÁLISIS IBEROAMERICANO



Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Diagramação e Capa: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

G624

Gonçalves, Anabela

Justiça civil internacional e desafio digital : uma análise ibero-americana : justicia civil internacional y desafio digital: un análisis iberoamericano [livro eletrônico] / Anabela Gonçalves ... [el al.]; Guillermo Palao Moreno, Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, Renata Alvares Gaspar, Thiago Paluma (Org.); - 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024.
1 kb

ISBN: 978-65-5908-673-3

1. Processo civil internacional. 2. Novas tecnologias. 3. Acesso à justiça transacional. I. Título.

CDU: 347.91/.95

Bibliotecária responsável: Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/boo-2023-09-28-6515e95c65306

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editoratirantbrasil@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

Organizadores

Guillermo Palao Moreno
Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Renata Alvares Gaspar
Thiago Paluma

JUSTIÇA CIVIL INTERNACIONAL
E DESAFIO DIGITAL:
UMA ANÁLISE IBERO-AMERICANA

*JUSTICIA CIVIL INTERNACIONAL Y DESAFÍO DIGITAL:
UN ANÁLISIS IBEROAMERICANO*

Autores

Anabela Gonçalves
Augusto Jaeger Junior
Beatriz Campuzano Díaz
Carmen Vaquero López
Claudia Lima Marques
Claudia Loureiro
Claudia Madrid Martínez
Guillermo Palao Moreno
Inez Lopes Carneiro
Ivette S. Esis Villarroel
Leila Arruda Cavallieri
Letícia Virginia Leidens
Luciane Klein Vieira
Maelia Esther Pérez Silveira
Marcela Nogueira Martins
Marcelo de Nardi
María Mercedes Albornoz
Mariana Romanello Jacob
Nadia de Araujo
Nicole Rinaldi De Barcellos
Nuria González Martín
Renata Alvares Gaspar
Tatiana Cardoso Squeff
Thiago Almeida Santos
Thiago Paluma
Valesca Raizer Borges Moschen



tirant
lo blanch

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
<i>Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno, Profa. Dra. Inez Lopes Farias, Profa. Dra. Renata Gaspar e Prof. Dr. Thiago Paluma</i>	
PRESENTACIÓN.....	8
<i>Prof. Dr. Guillermo Palao Moreno, Profa. Dra. Inez Lopes Farias, Profa. Dra. Renata Gaspar e Prof. Dr. Thiago Paluma</i>	
PREFACE.....	9
<i>Ralf Michaels</i>	
PRÓLOGO.....	12
<i>Ralf Michaels</i>	
PREFÁCIO.....	15
<i>Ralf Michaels</i>	
O SISTEMA DAS CONVENÇÕES MULTILATERAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO INFRAESTRUTURA GERADORA DE EFICÁCIA DAS SOLUÇÕES DE DIPr.....	18
<i>Luciane Klein Vieira e Marcelo de Nardi</i>	
ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: UN BINOMIO NECESSARIO	42
<i>María Mercedes Albornoz e Inez Lopes Carneiro</i>	
NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA: INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	61
<i>Ivette S. Esis Villarroel, Nuria González Martín e Guillermo Palao Moreno</i>	
EL ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA EN CUBA: ESCENARIOS NORMATIVOS.....	98
<i>Maelia Esther Pérez Silveira</i>	
FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL BRASILEIRA À LUZ DAS NOVAS TECNOLOGIAS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA EM LITÍGIOS DE INTERNET	128
<i>Augusto Jaeger Junior e Nicole Rinaldi De Barcellos</i>	
À UTILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE VIDEOCONFERÊNCIA NO ÂMBITO DA HAIA DE 1970 SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS	147
<i>Nadia de Araujo</i>	

O REGIME JURÍDICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA UNIÃO EUROPEIA: CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	157
<i>Claudia Loureiro e Marcela Nogueira Martins</i>	
LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y LAS CLÁSULAS DE ELECCIÓN DE FORO INSERTAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE UNA DE LAS PARTES DISPONIBLES A TRAVÉS DE INTERNET	171
<i>Beatriz Campuzano Díaz</i>	
JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ATO ILÍCITO COMETIDO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES: HÁ LOCAL DO DANO?.....	193
<i>Renata Alvares Gaspar e Mariana Romanello Jacob</i>	
PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL DE LAS NORMAS EUROPEAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL	212
<i>Carmen Vaquero López</i>	
ODR COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA EL TURISTA INTERNACIONAL.....	232
<i>Claudia Madrid Martínez*</i>	
PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA DA MEDIAÇÃO ONLINE NO DIREITO DO CONSUMO...	267
<i>Anabela Gonçalves, Thiago Paluma e Valesca Raizer Borges Moschen</i>	
NOVOS RUMOS DO PROJETO TURISTA PERANTE À HCCH: NOTAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM UM PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DE 1980 OU EM UMA <i>SOFT LAW</i> SOBRE REGRAS MÍNIMAS APLICÁVEIS ÀS ADR/ODR.....	291
<i>Claudia Lima Marques e Tatiana Cardoso Squeff</i>	
SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A CONFERÊNCIA DA HAIJA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ALGUNS PARÂMETROS PARA O INCENTIVO AO USO DE TECNOLOGIAS.....	313
<i>Letícia Virginia Leidens</i>	
À UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DIGITAIS PARA AUXILIAR NO CUMPRIMENTO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NA ADOÇÃO INTERNACIONAL.....	327
<i>Leila Arruda Cavallieri e Thiago Almeida Santos</i>	

APRESENTAÇÃO

É com imensa alegria que as coordenadoras e os coordenadores da Rede de Processo Civil (RPCI) Internacional apresentam o segundo livro com os resultados das pesquisas desenvolvidas em intensa colaboração em temas de litígios internacionais. Enquanto o primeiro livro, lançado em 2021, apresentou como temática central os Litígios Cíveis Internacionais no espaço Ibero-americano, o segundo volume ora apresentado tem como tema e título “Justiça Civil Internacional e Desafio Digital: uma Análise Ibero-americana”. Sendo assim, com essa nova obra coletiva, a RPCI enfrenta as consequências do uso das tecnologias digitais na prestação de serviços jurídicos transfronteiriços, sobretudo aos desafios digitais relacionados aos litígios civis e comerciais. Essa problemática exige uma análise que supere uma abordagem estritamente estatal, o que é particularmente apropriado para apresentar as contribuições do direito internacional privado desde a perspectiva transatlântica própria dessa Rede.

A expressão relativa ao espaço ibero-americano presente nas duas obras resulta por tanto essencial e revela a estreita relação de cooperação existente entre os(as) participantes da RPCI. Nesse sentido, nos sentimos especialmente orgulhosos de que a Rede, fundada em 2018, conta atualmente com 55 pesquisadores e pesquisadoras, provenientes de 11 países diferentes, sendo eles: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Venezuela, Cuba, México, Estados Unidos, Canadá, Espanha e Portugal.

As pesquisas desenvolvidas, e apresentadas neste livro em forma de artigo, são, em sua maioria, fruto de profícua e horizontal colaboração entre profissionais com distintas culturas jurídicas e diversificada formação acadêmica, unidos pelo compromisso de desenvolverem o Direito Internacional Privado a partir de um espírito de união que pense, de maneira crítica e problematizada, o presente e o futuro, respeitando nossa autonomia, diversidade e pluralidade.

Assim, convidamos a todas e a todos a leitura dos artigos apresentados nesta obra.

Brasil-Espanha, Julho de 2023.

PROF. DR. GUILLERMO PALAO MORENO – UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (UV)

PROFA. DRA. INEZ LOPES FARIAS – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)

PROFA. DRA. RENATA GASPAR – ESCOLA SUPERIOR DE PROPAGANDA E MARKETING (ESPM-SP)

PROF. DR. THIAGO PALUMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA (UFU)

PRESENTACIÓN

Con gran alegría, los coordinadores de la Red Procesal Civil Internacional (RPCI) presentan este segundo libro con los resultados de las investigaciones desarrolladas en intensa colaboración sobre temas de litigación internacional. Si el primer libro, lanzado en 2021, tenía como tema central la Litigación Civil Internacional en el espacio iberoamericano, el segundo volumen aquí presentado tiene como tema y título “Justicia Civil Internacional y Desafío Digital: un análisis iberoamericano”. Así pues, con esta nueva obra colectiva, la RPCI afronta las consecuencias del uso de las tecnologías digitales en la prestación de servicios jurídicos transfronterizos y, en especial, los retos digitales relacionados con la litigación civil y mercantil internacional. Esta problemática requiere de un análisis que supere el enfoque estrictamente estatal, lo que resulta especialmente adecuado para presentar las aportaciones del Derecho Internacional Privado desde la perspectiva transatlántica que aporta esta Red.

La expresión del espacio iberoamericano en las dos obras es, por tanto, esencial y pone de manifiesto la estrecha relación de cooperación existente entre los participantes en la RPCI. En este sentido, nos sentimos especialmente orgullosos de que la Red, fundada en 2018, cuente en la actualidad con 55 investigadores de 11 países diferentes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Venezuela, Cuba, México, Estados Unidos, Canadá, España y Portugal.

Las investigaciones desarrolladas y presentadas en este libro en forma de capítulos son, en su mayor parte, fruto de una colaboración fructífera y horizontal entre profesionales de diferentes culturas jurídicas y de diversa formación académica, unidos por el compromiso de desarrollar el Derecho Internacional Privado desde un espíritu de unión que reflexione críticamente y de forma problemática sobre el presente y el futuro, de modo respetuoso con nuestra autonomía, diversidad y pluralidad.

Por ello, les invitamos a la lectura de los distintos capítulos que se presentan en este libro.

Brasil-España, julio de 2023.

PROF. DR. GUILLERMO PALAO MORENO – UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (UV)

PROFA. DRA. INEZ LOPES FARIAS – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)

PROFA. DRA. RENATA GASPAS – ESCOLA SUPERIOR DE PROPAGANDA E MARKETING (ESPM-SP)

PROF. DR. THIAGO PALUMA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA (UFU)

PREFACE

No technical advance since the invention of the printing press has led to changes to the machinery of the law as paradigmatic as the shift to digitization. Legal briefs can now be transferred instantly even across national boundaries; so can entire files. Whole multi-volume files become searchable, saving the work of going through pages after pages looking for the relevant paragraph. Judges no longer have to visit the library or their office; “virtual offices” provide them with access to prior decisions and reports of their courts. Efficiency, so necessary to the judicial system in times of ever increasing levels of litigation, is greatly enhanced. If ever there was proof of that, it came during the Covid pandemic. When coming together in physical spaces was impossible, virtual spaces opened up – online hearings, once the stuff of fantasy, had become a reality.

These challenges are taken up by courts all over the world. Welcome as they are, they necessitate adaptations or even entire reforms of existing bodies of rules. Traditional procedural rules assume oral hearings in one physical space, and written submissions and documents existing in one original form with the possibility of photocopies. They were not made for virtual online meetings and online documents. And they proved insufficient during the pandemic and remain insufficient today.

Exciting but difficult challenges, alas. What better topic then than this one, for the second volume of the newly established Rede de proceso civil internacional, after the first volume, published in 2021, on international civil litigation in the ibero-American space came out in 2021. And what better set of scholars addressing challenges from digitization (as well as other topics) than the one assembled by the editors, Guilherme Palao, Thiago Paluma, Renata Gaspar, and Inez Lopes, all formidable scholars in their own right.

Their contributions, taken together, provide a veritable kaleidoscope of issues and challenges confronting transnational civil procedure today – from from online mediation to judicial cooperation, from artificial intelligence to electronic communications, from jurisdiction of internet delicts to social and ecological aspects of private international law. A fairly large number of contributors deals with issues of access to justice, testament to the high importance this has for today’s international civil procedure, not only in Latin America. Digitization is a core topic of the book, but it does not represent the only relevant and challenging within international civil procedure, and so not all contributions address it centrally. The emerging thematic diversity is welcome.

The book contains too many contributions to do justice to any of them even through the briefest of analyses. Let me therefore address what brings them all together here, namely the Rede de proceso civil internacional. Since the network's establishment, a couple of years ago, it has quickly turned into one of the cornerstones of the exciting growth of private international law in Latin America.

Granted, private international law had always been somewhat comparative here, going back at least to the Código Bustamante, the first codification worldwide of private international law, and resting for a long time on the Asociación Americana de derecho internacional privado, that admirably active (and admirably convivial) association of private international law scholars spanning the Americas and beyond. Granted, the establishment of a dependance for the Hague Conference of Private International Law in Buenos Aires plays an important role.

Further, of course, international civil procedure has always been somewhat comparative before. How could it not be? International civil procedure is where different legal systems meet, and with them lawyers from different jurisdictions. Difficult translations are necessary to make these legal systems compatible, difficult assessments must be made of the differences and similarities between systems of civil procedure (even though Latin America does not have internal conflicts between civil and common law, which present particular challenges for matters of procedure). And international civil procedure is increasingly harmonized internationally, especially in Conventions emerging from the Hague Conference – among them, most recently, the important Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, which is not yet in force. Latin Americans have played an important role for this Convention.

Against all this, the foundation of the Rede de proceso civil internacional has still presented an important step forward. By bringing together voices from different Latin American country, it contributes to the recent and necessary trend of comparison among Latin American countries, rather than comparison with US and EU law, or indeed comparison of the laws of former colonies with that of their former colonizers – Brazilian law and Portuguese law, for example, or Chilean law and Spanish law. Latin America thereby proves capable of finding its own voice – not only within international debates (where its legal systems are still viewed, by many, as antiquated), but also as a way of establishing an inside identity that can help cross boundaries. In brief time, the Rede has established itself as an active and productive network. And I should add reliable – many projects, in their early enthusiasm, manage to assemble a first volume, but only from the second volume is it possible to hope for continuity and longevity. With the Rede de proceso civil internacional and with this volume, one can be hopeful that this will be possible.

This volume, then, presents more than one reason to celebrate. We celebrate not only the breadth and depth of the contribution, the kaleidoscope presented by a diverse set of authors from several different countries, dealing with different topics, using different methods. We celebrate also what this volume in its entirety proves – that comparative international civil procedure is alive and thriving in Latin America, and that Latin American law is increasingly seeking its position in global debates again. Congratulations to the network, the editors, and the authors, for this remarkable achievement.

RALF MICHAELS¹

¹ Director of the Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany, Professor of Global Law at Queen Mary University of London (United Kingdom) and Professor of Law at the Universität Hamburg (Germany).

PRÓLOGO

Ningún avance técnico desde la invención de la imprenta ha provocado cambios en la maquinaria del Derecho tan paradigmáticos como el paso a la digitalización. Ahora los escritos jurídicos pueden transferirse instantáneamente incluso a través de las fronteras nacionales, al igual que los expedientes completos. Se pueden realizar búsquedas en expedientes completos de varios volúmenes, lo que ahorra el trabajo de pasar página tras página buscando el párrafo pertinente. Los jueces ya no tienen que desplazarse a la biblioteca o a su despacho; los “despachos virtuales” les permiten acceder a resoluciones e informes anteriores de sus tribunales. La eficacia, tan necesaria para el sistema judicial en tiempos de niveles de litigiosidad cada vez mayores, aumenta enormemente. Si alguna vez hubo una prueba de ello, fue durante la pandemia de Covid. Cuando era imposible reunirse en espacios físicos, se abrían los espacios virtuales: las vistas en línea, que antes eran cosa de fantasía, se habían convertido en una realidad.

Los tribunales de todo el mundo asumen estos retos. Por bienvenidos que sean, exigen adaptaciones o incluso reformas enteras de los cuerpos normativos existentes. Las normas procesales tradicionales implican audiencias orales en un espacio físico, y escritos y documentos en un formato original con posibilidad de fotocopia. No se crearon para las reuniones virtuales en línea ni para los documentos en línea. Y resultaron insuficientes durante la pandemia y siguen siéndolo hoy.

Retos apasionantes pero difíciles, por desgracia. Qué mejor tema entonces que éste, para el segundo volumen de la recién creada Rede de proceso civil internacional, después de que el primer volumen, publicado en 2021, sobre litigios civiles internacionales en el espacio iberoamericano saliera a la luz en 2021. Y qué mejor conjunto de académicos para abordar los desafíos de la digitalización (así como otros temas) que el reunido por los editores, Guillermo Palao, Thiago Paluma, Renata Gaspar e Inez Lopes, todos ellos formidables académicos por derecho propio.

El conjunto de sus contribuciones ofrece un verdadero caleidoscopio de los problemas y retos a los que se enfrenta hoy en día el procedimiento civil transnacional: desde la mediación en línea a la cooperación judicial, desde la inteligencia artificial a las comunicaciones electrónicas, desde la jurisdicción en materia delictual en Internet a los aspectos sociales y ecológicos del Derecho Internacional privado. Un número bastante elevado de colaboradores se ocupa de cuestiones de acceso a la justicia, testimonio de la gran importancia que ello posee para el procedimiento civil internacional actual, no sólo en América La-

tina. La digitalización es un tema central del libro, pero no representa el único relevante y desafío dentro del procedimiento civil internacional, por lo que no todas las contribuciones lo abordan de manera central. La emergente diversidad temática es bienvenida.

El libro contiene demasiadas contribuciones como para hacer justicia a ninguna de ellas, ni siquiera a través del más breve de los análisis. Permítanme, por tanto, abordar aquí lo que las reúne a todas, a saber, la Red de proceso civil internacional. Desde su creación, hace un par de años, la Red se ha convertido rápidamente en una de las piedras angulares del apasionante crecimiento del Derecho Internacional privado en América Latina.

Es cierto que el Derecho Internacional privado siempre ha sido algo comparativo ahí, remontándose al menos al Código Bustamante, la primera codificación mundial del Derecho Internacional Privado, y apoyándose durante mucho tiempo en la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, esa admirablemente activa (y admirablemente cordial) asociación de estudiosos del Derecho Internacional Privado que abarca las Américas y más allá. Por supuesto, el establecimiento de una oficina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en Buenos Aires desempeña un papel importante.

Además, por supuesto, el proceso civil internacional siempre ha sido algo comparativo. ¿Cómo podría no serlo? En el proceso civil internacional confluyen distintos ordenamientos jurídicos y, con ellos, juristas de distintas jurisdicciones. Hay que realizar complejas traducciones para que estos sistemas jurídicos sean compatibles, hay que hacer difíciles evaluaciones de las diferencias y similitudes entre los sistemas de proceso civil (a pesar de que en América Latina no existen conflictos internos entre el Derecho civil y el *Common Law*, que presentan retos particulares para las cuestiones de procedimiento). Y el proceso civil internacional está cada vez más armonizado internacionalmente, especialmente en los Convenios surgidos de la Conferencia de La Haya - entre ellos, el más reciente, el importante Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial, que aún no ha entrado en vigor. Los latinoamericanos han desempeñado un papel importante al respecto de este Convenio.

Con todo, la fundación de la Red de Proceso Civil Internacional ha supuesto un importante paso adelante. Al reunir voces de diferentes países latinoamericanos, contribuye a la reciente y necesaria tendencia a la comparación entre los países latinoamericanos, en lugar de la comparación con el Derecho de los EE.UU. y de la UE, o incluso la comparación de las legislaciones de las antiguas colonias con la de sus antiguos colonizadores - el Derecho brasileño y el Derecho portugués, por ejemplo, o el Derecho chileno y el Derecho español.

América Latina demuestra así que es capaz de encontrar su propia voz, no sólo en los debates internacionales (en los que sus sistemas jurídicos siguen siendo vistos por muchos como anticuados), sino también como una forma de establecer una identidad propia que puede ayudar a traspasar fronteras. En poco tiempo, la Red se ha consolidado como una red activa y productiva. Y debo añadir fiable: muchos proyectos, en su entusiasmo inicial, consiguen reunir un primer volumen, pero sólo a partir del segundo es posible esperar continuidad y longevidad. Con la Red de Proceso Civil Internacional y con este volumen, cabe albergar la esperanza de que ello sea posible.

Así pues, este volumen presenta más de un motivo de celebración. Celebramos no sólo la amplitud y profundidad de la contribución, el caleidoscopio presentado por un conjunto diverso de autores de varios países diferentes, que tratan temas diferentes, utilizando métodos diferentes. Celebramos también lo que este volumen en su totalidad demuestra - que el proceso civil internacional comparado está vivo y floreciente en América Latina, y que el Derecho latinoamericano está buscando cada vez más su posición en los debates globales de nuevo. Enhorabuena a la red, a los editores y a los autores por este notable logro.

RALF MICHAELS²

² Director del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburgo, Alemania, Catedrático de Derecho Global de la Queen Mary University de Londres (Reino Unido) y Profesor de Derecho de la Universität Hamburg (Alemania).

PREFÁCIO

Nenhum avanço técnico desde a invenção da imprensa conduziu a mudanças tão paradigmáticas na maquinaria do direito como a passagem à digitalização. Os dossiers jurídicos podem agora ser transferidos instantaneamente, mesmo para além das fronteiras nacionais; o mesmo acontece com ficheiros inteiros. Ficheiros inteiros com vários volumes tornam-se pesquisáveis, poupando o trabalho de percorrer páginas e páginas à procura do parágrafo relevante. Os juízes já não têm de se deslocar à biblioteca ou ao seu gabinete; os “gabinetes virtuais” dão-lhes acesso a decisões anteriores e a relatórios dos seus tribunais. A eficiência, tão necessária ao sistema judicial em tempos de níveis de litígio cada vez mais elevados, é grandemente reforçada. Se alguma vez houve uma prova disso, foi durante a pandemia de Covid-19. Quando não era possível reunir-se em espaços físicos, abriram-se espaços virtuais - as audiências em linha, outrora um sonho, tornaram-se uma realidade.

Estes desafios são enfrentados pelos tribunais de todo o mundo. Embora sejam bem-vindos, exigem adaptações ou mesmo reformas completas das regras existentes. As regras processuais tradicionais pressupõem a realização de audiências orais num único espaço físico e a existência de alegações e documentos escritos numa única forma original, com a possibilidade de fotocópias. Não foram concebidas para reuniões virtuais em linha e documentos em linha. E revelaram-se insuficientes durante a pandemia e continuam a sê-lo atualmente.

Desafios aliciantes, mas difíceis, infelizmente. Que melhor tema, então, do que este, para o segundo volume da recém-criada Rede de Processo civil internacional, depois de o primeiro volume, publicado em 2021, sobre litígios civis internacionais no espaço ibero-americano ter sido publicado em 2021. E que melhor conjunto de académicos a abordar os desafios da digitalização (bem como outros tópicos) do que o reunido pelos editores, Guilherme Palao, Thiago Paluma, Renata Gaspar e Inez Lopes, todos eles académicos formidáveis por direito próprio.

As suas contribuições, no seu conjunto, fornecem um verdadeiro caleidoscópio de questões e desafios que o processo civil transnacional enfrenta atualmente - da mediação em linha à cooperação judicial, da inteligência artificial às comunicações electrónicas, da jurisdição dos delitos da Internet aos aspectos sociais e ecológicos do direito internacional privado. Um número bastante elevado de contribuições aborda questões relacionadas com o acesso à justiça, o que demonstra a grande importância que este tem para o processo civil internacional atual, não só na América Latina. A digitalização é um tema central do livro, mas

não representa o único desafio relevante no âmbito do processo civil internacional, pelo que nem todas as contribuições o abordam de forma central. A diversidade temática emergente é bem-vinda.

O livro contém demasiadas contribuições para que se possa fazer justiça a qualquer uma delas, mesmo através da mais breve das análises. Permitam-me, por isso, que aborde aqui o que os reúne a todos, nomeadamente a Rede de Processo Civil Internacional. Desde a sua criação, há um par de anos, esta rede transformou-se rapidamente num dos principais atores da sociedade civil internacional.

É certo que o direito internacional privado sempre teve aqui um certo carácter comparativo, remontando pelo menos ao Código Bustamante, a primeira codificação mundial do direito internacional privado, e apoiando-se durante muito tempo na Asociación Americana de derecho internacional privado, essa associação admiravelmente ativa (e admiravelmente convivial) de estudiosos do direito internacional privado que abrange as Américas e não só. É certo que a criação de uma dependência da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em Buenos Aires desempenha um papel importante.

Além disso, é claro, o processo civil internacional sempre foi um pouco comparativo. Como poderia não o ser? É no processo civil internacional que se encontram diferentes sistemas jurídicos e, com eles, advogados de diferentes jurisdições. São necessárias traduções difíceis para compatibilizar estes sistemas jurídicos, devem ser feitas avaliações difíceis das diferenças e semelhanças entre os sistemas de processo civil (apesar de a América Latina não ter conflitos internos entre o direito civil e o direito consuetudinário, que apresentam desafios específicos em matéria de processo). E o processo civil internacional está cada vez mais harmonizado internacionalmente, especialmente nas Convenções resultantes da Conferência de Haia - entre elas, mais recentemente, a importante Convenção de Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial, que ainda não está em vigor. Os latino-americanos desempenharam um papel importante para esta convenção.

Contra tudo isto, a fundação da Rede de Processo Civil Internacional representou um importante passo em frente. Ao reunir vozes de diferentes países latino-americanos, contribui para a recente e necessária tendência de comparação entre os países latino-americanos, em vez da comparação com o direito dos EUA e da UE, ou mesmo da comparação do direito das antigas colónias com o dos seus antigos colonizadores - o direito brasileiro e o direito português, por exemplo, ou o direito chileno e o direito espanhol. A América Latina revela-se assim capaz de encontrar a sua própria voz - não só nos debates internacionais (onde os seus sistemas jurídicos são ainda vistos, por muitos, como antiquados), mas também como uma forma de estabelecer uma identidade interna que pode ajudar a

ultrapassar fronteiras. Em pouco tempo, a Rede estabeleceu-se como uma rede ativa e produtiva. E devo acrescentar fiável - muitos projectos, no seu entusiasmo inicial, conseguem reunir um primeiro volume, mas só a partir do segundo volume é possível esperar continuidade e longevidade. Com a Rede de processo civil internacional e com este volume, podemos ter esperança de que isso seja possível.

Este volume, portanto, apresenta mais do que um motivo para celebrar. Celebramos não apenas a amplitude e a profundidade da contribuição, o caleidoscópio apresentado por um conjunto diversificado de autores de vários países diferentes, tratando de diferentes tópicos, usando diferentes métodos. Celebramos também o que este volume prova na sua totalidade - que o processo civil internacional comparado está vivo e a prosperar na América Latina, e que o direito latino-americano está a procurar cada vez mais a sua posição nos debates globais. Parabéns à rede, aos editores e aos autores, por esta notável realização.

RALF MICHAELS³

3 Diretor do Instituto Max Planck de Direito Comparado e Internacional Privado, Hamburgo, Alemanha, Professor de Direito Global na Queen Mary University of London (Reino Unido) e Professor de Direito na Universität Hamburg (Alemanha).

O SISTEMA DAS CONVENÇÕES MULTILATERAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS COMO INFRAESTRUTURA GERADORA DE EFICÁCIA DAS SOLUÇÕES DE DIPR

LUCIANE KLEIN VIEIRA⁴

MARCELO DE NARDI⁵

1. INTRODUÇÃO

Os vínculos transnacionais em que se engajam as pessoas privadas, conquanto sujeitas diretamente ao impacto da pandemia de COVID-19 nos anos de 2020 e 2021, seguem sendo progressivamente mais relevantes. Relações privadas internacionais de toda ordem, a começar pelas de natureza puramente de comércio⁶, passando pelas de consumidores⁷ e alcançando as entre membros de famílias, indicam que o número de conflitos haverá de crescer, demandando soluções baseadas em normas de Direito Internacional Privado e circulação internacional das soluções alcançadas.

No contexto multilateral, relacionado a tratados abertos à adesão de qualquer Estado soberano, podem-se arrolar como relevantes para o tema da circulação internacional de soluções de controvérsias transnacionais a *Convenção de*

4 **Luciane Klein Vieira** é Professora Permanente da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Doutora em Direito (área: internacional) e Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (UBA, Argentina). Mestre em Direito da Integração Econômica pela Universidad del Salvador – USAL, Argentina e Université Paris I – Panthéon Sorbonne, França. Diretora para o MERCOSUL do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Coordenadora do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Integração Regional. E-mail: lucianevieira@unisinis.br

5 **Marcelo De Nardi** é Professor de Direito Internacional do Comércio e de Direito Internacional Privado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Doutor em Direito e Especialista em Direito Internacional pela UFRGS, Especialista em Política e Estratégia pela ESG – Escola Superior de Guerra. É Desembargador Federal, Presidente do Conselho de Assuntos Gerais e Políticos da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado e é Associado-Fundador do iCoLab - Instituto Colaborativo em Blockchain. E-mail: nardi@unisinis.br

6 *El comercio mundial de mercancías ha crecido de manera sostenida desde que registró una marcada disminución en el segundo trimestre de 2020, durante el comienzo de la pandemia. El volumen del comercio de mercancías aumentó un 5,7% interanual en el primer trimestre de 2021, el mayor incremento desde el aumento del 5,8% registrado en el tercer trimestre de 2011 [...] (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DO COMÉRCIO. **El Barómetro sobre el Comercio de Mercancías alcanza un máximo sin precedentes y confirma la sólida recuperación del comercio.** 2021. Disponível em: https://www.wto.org/spanish/news_sl/news21_sl/wtoi_18aug21_s.htm. Acesso em: 28 out. 2022).*

7 *[...] There will be more than 2 billion consumers online by 2021 and it is crucial to ensure policies will be in place that make the world fair, safe and sustainable for them. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO **Summary of points raised by consumer groups** (6 May 2019). Disponível em: https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/summary_of_points_raised_trdia_06may19_e.pdf. Acesso em: 28 out. 2022).*

*Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais de 1958*⁸, a *Convenção da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado sobre os Acordos de Escolha de Foro de 2005*⁹, a *Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos de Transação Internacionais Resultantes da Mediação de 2019*¹⁰ e a *Convenção da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial de 2019*¹¹. Esses instrumentos legais internacionais, embora guardem autonomia entre si, foram compostos com vistas a prevenir a superposição. O mais antigo deles, a Convenção de Laudos Arbitrais de 1958, em vigor para cento e setenta países, é o ícone dos tratados internacionais em matéria civil ou comercial relacionada a interesses diretos de pessoas privadas e produziu um início de delimitação do âmbito de aplicação que passou a ser respeitado pelos demais instrumentos arrolados.

A proposta deste capítulo é reconhecer nas quatro convenções citadas um sistema que funcionaria como ponta de lança de uma infraestrutura possível para solução de controvérsias de casos transnacionais, quando os mais recentes entram em vigor difusamente e formarem conjuntos legais harmonizados em muitos países. O valor inerente a esse efeito está no estabelecer-se um ambiente jurídico em que as fronteiras dos Estados soberanos não se constituam em barreiras para que as decisões em solução de controvérsias fiquem limitadas, prevenindo a duplicidade de iniciativas e a danosa hipótese das decisões conflitantes proferidas em diferentes países.

O conteúdo substantivo que é objeto de exame neste trabalho e, com variações, nas convenções citadas, é o que se define tradicionalmente como “*civil or commercial matters*”, sem incluir as questões de família e sucessões ou qualquer caso em que o Estado aja como ente soberano interno no exercício do jus imperii. Nesse sentido, colhe-se o comentário do relatório explicativo da Convenção de Escolha de Foro Exclusivo¹²:

-
- 8 NACIONES UNIDAS. UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Convencción sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras** (10 Junio 1958). Disponible en: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards. Acceso al: 28 oct. 2021.
 - 9 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro** (30 Junio 2005). Disponible em: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court/>. Acceso em: 28 out. 2022.
 - 10 NACIONES UNIDAS. UNCITRAL - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. **Convencción de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación** (20 Diciembre 2018). Disponible em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf. Acceso em: 28 out. 2021.
 - 11 CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. **Convencción sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial** (2 Julio 2019). Disponible em: <https://assets.hcch.net/docs/3754b8c5-626a-4e59-87b2-c7de687ee42f.pdf>. Acceso em: 28 out. 2022.
 - 12 HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. **Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro**: relatório explicativo. A Haia: Secretariado da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado, 2005 (trad. Comissão Europeia). par. 49.

49. Matéria civil ou comercial. À semelhança de outros conceitos utilizados na Convenção, «matéria civil ou comercial» tem um significado autônomo: não implica uma referência ao direito nacional ou a outros instrumentos. A limitação a matéria civil ou comercial é comum em convenções internacionais desta natureza. Visa sobretudo excluir o direito público e o direito penal. O motivo para utilizar as palavras «comercial» e «civil» é que, em determinados sistemas jurídicos, «civil» e «comercial» são consideradas categorias distintas e mutuamente exclusivas. [...]

As convenções não fazem diferença marcante entre matéria contratual, que parece ser o centro de atenções de todas, e matéria de responsabilidade civil por danos. Ainda que os meios de solução de controvérsias extrajudiciais sejam marcadamente dirigidos para a matéria contratual, não ficam excluídas as situações em que as partes se veem em litígio por danos decorrentes de situações não contratuais, salvo exceções marcadas.

Assim como está em algumas das convenções, a matéria relacionada a situações de consumo ou de emprego não será tratada neste capítulo. A presunção de vulnerabilidade do consumidor ou do empregado aplicável a esses casos, estabelecendo uma diferença de poder negocial e de defesa jurídica e, conseqüentemente, uma necessária tutela especial na tomada de decisão, não permite aplicar o conceito de “sistema de solução de controvérsias” aqui defendido através das convenções sob exame. O ambiente da harmonização internacional das normas de proteção ao consumidor e ao empregado com visão de relações privadas ainda carece de desenvolvimento.

A normativa regional do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), dada a pertinência ao ambiente sul-americano no qual se inserem os leitores a que dirigido este texto, será referida com o objetivo de evidenciar similitudes e diferenças com relação às convenções de cunho global antes mencionadas, buscando, igualmente, identificar algumas contribuições para a proposta final que será feita neste trabalho. Um outro ambiente normativo relevante seria o da União Europeia ou até mesmo o das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIP's), mas a extensão deste capítulo não permite avançar para além do que antecipado nos parágrafos precedentes.

Visando a propor um “pacote de soluções” para certos temas como compra e venda internacional no que se refere à solução de controvérsias e reconhecimento e execução de sentenças ou laudos arbitrais, a exposição aqui composta pretende consolidar as diretrizes possíveis de assumir quando a litigância internacional estiver à vista, ou mesmo quando a composição dos instrumentos contratuais estiver em andamento. O planejamento da litigância internacional, aplicado como instrumento de mitigação das incertezas, contribui para a diminuição dos custos de transação nas interações internacionais envolvendo pessoas privadas, efeito que não se limita ao ambiente contratual.

Com base no exposto e a fim de cumprir com o propósito enunciado, este capítulo subdivide-se em três partes. Na primeira, abordar-se-ão as convenções globais de solução de controvérsias vinculadas ao Direito Internacional Privado; na segunda, serão abordadas as experiências no âmbito regional do MERCOSUL em matéria de solução de controvérsias de cunho privatista para, finalmente; na terceira e última parte, a partir da identificação dos pontos em comum contidos nas convenções em estudo, propor-se mecanismos multilaterais que poderiam ser adotados na solução de controvérsias no âmbito específico da compra e venda internacional de mercadorias, com o olhar posto na facilitação da circulação de decisões estrangeiras.

2. AS CONVENÇÕES MULTILATERAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

O conceito de “pacote de soluções” de controvérsias que informa este trabalho pressupõe um sistema composto de tal forma que não haja qualquer limitação quanto aos Estados que venham a dele participar. Assim, ainda que se aborde a região que conforma o MERCOSUL, na medida em que o Brasil integra o bloco em referência e seus acordos e protocolos conformam o direito de fonte convencional do nosso país, o objetivo é tratar das convenções que não limitam ratificação ou acessão por qualquer elemento de discriminação como o regionalismo: nesse sentido é empregada a palavra “multilateral”, ou seja, indicando que para se integrar ao sistema proposto algum Estado não estará contido por alguma característica regional ou de outra natureza..

As convenções adiante examinadas, já citadas, são apresentadas pela ordem cronológica de sua adoção, incluindo notas sobre o âmbito de aplicação e relevância para a ideia de sistema multilateral de solução de controvérsias aqui defendida. Considerando *que, hodiernamente, os países não se esquivam da necessidade de, em determinados casos, reconhecer, em seu território, a eficácia da lei estrangeira e de sentenças proferidas no exterior*¹³, o problema central identificado é o da propagação dos efeitos da solução de controvérsias para além dos limites da territorialidade soberana do Direito estatal¹⁴. Daí se extrai a relevância das convenções selecionadas, cujo objetivo é exatamente a harmonização das regras internas de cada um dos Estados participantes no que se refere à admissão em

13 VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Homologação e execução de sentença arbitral estrangeira no STJ: estudo comparado sobre o tratamento dado à homologação de sentença estrangeira no direito da Grã-Bretanha, França, Itália e Estados Unidos. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 61-76, abr. / jun. 2010, p. 74.

14 VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Homologação e execução de sentença arbitral estrangeira no STJ: estudo comparado sobre o tratamento dado à homologação de sentença estrangeira no direito da Grã-Bretanha, França, Itália e Estados Unidos. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 61-76, abr. / jun. 2010, p. 67.

seu ordenamento jurídico das soluções de controvérsias providas de autoridade estrangeira¹⁵.

2.1. CONVENÇÃO DE NOVA YORK DE 1958 SOBRE LAUDOS ARBITRAIS

A *Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais de 1958* trouxe ao formato de direito legislado por tratado internacional regras firmes de harmonização entre os Estados que a ela acedem sobre as “sentenças arbitrais”, como está na linguagem da Lei de Arbitragem¹⁶ e do Código de Processo Civil¹⁷. A essência da Convenção para o que interessa a este trabalho, que se expressa nos Artigos II.1 e III, está em estabelecer a obrigação internacional dos Estados Signatários de admitir como válida a vontade das partes envolvidas no litígio de resolver suas diferenças através de procedimento de arbitragem e de reconhecer (homologar) e executar a sentença arbitral daí resultante.

A “internacionalidade” dos objetos da Convenção sobre Laudos Arbitrais é elemento determinante para sua aplicação, limitando o Artigo I a eficácia para quando a sentença arbitral tiver sido proferida *no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução*. Este ponto acomoda-se bem à proposta aqui desenvolvida, pois se tem em vista situações de litigância internacional nas quais a solução de controvérsias, prevista ou consequente ao litígio¹⁸, haverá de ser resolvida sob autoridade de eficácia jurídica diferente da em que o cumprimento das medidas resultantes será buscado. Presente o elemento da transnacionalidade, aplica-se a Convenção sobre Laudos Arbitrais e é pertinente conter tais regras no “pacote de soluções” aqui proposto.

O âmbito de aplicação material da Convenção sobre Laudos Arbitrais contém *qualquer relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem*, como definido no Artigo II.1. O enunciado não acolhe a especificação de matéria civil ou comercial,

15 *There are important reasons for states to recognize and enforce the judgments of other states' courts, that is, to treat those judgments as if they were judgments of their own courts. These reasons are expressed by what we call "recognition-favoring principles," which include comity, efficiency, and access to justice, and they are reflected in a general presumption that foreign judgments will be recognized and enforced.* BAUGARTNER, Samuel P.; WHYTOCK, Christopher A. **Enforcement of Foreign Judgments, Systemic Calibration, and the Global Law Market.** *Theoretical Inquiries in Law* (Tel Aviv University), v. 23, n. 1, 2022, p. 119-120. Disponível em: <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/1694>. Acesso em: 20jan. 2022.

16 Conforme está no artigo 23 da Lei 9.730/1996, a Lei da Arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 26 dez. 2022.

17 Conforme está no inciso VII do artigo 515 da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 26 dez. 2022.

18 Essa é a interpretação do trecho do artigo II.1 da Convenção que enuncia: *todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si* (SANDERS, Pieter (ed.). **Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958**: um texto de referência para juízes. A Haia, NL: International Council for Commercial Arbitration (ICCA), 2012, p. 20. Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/portuguese_guide_composite_for_website_final_revised_may_2012.pdf. Acesso em: 26 dez. 2022).

reservando o exame da arbitrabilidade para efeitos da Convenção sobre Laudos Arbitrais à lei interna de cada Estado signatário:

IV.6.1. Matéria “Passível de Resolução por Arbitragem” Significa “Arbitrável”

Os termos são geralmente aceitos como se referindo às matérias consideradas não-“arbitráveis” porque essas pertencem exclusivamente ao domínio dos tribunais estatais. Cada Estado, a rigor, decide quais matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem, em harmonia com sua própria ordem política, social e econômica. Exemplos clássicos compreendem relações familiares (divórcio, disputas de paternidade ...), fatos criminalmente puníveis, ações trabalhistas ou empregatícias, falência etc. Porém, o rol das matérias não arbitráveis tem se reduzido consideravelmente ao longo do tempo, em decorrência da crescente aceitação da arbitragem. Não é mais excepcional que certos aspectos de disputas trabalhistas, ou que digam respeito a falência, sejam arbitráveis.¹⁹

A Convenção sobre Laudos Arbitrais contém elemento de referência à matéria comercial quando trata da possibilidade de declaração pelos Estados Signatários para limitá-la *somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais*. Tomado o paradigma do contrato internacional de compra e venda de mercadorias, o escopo de aplicação da Convenção sobre Laudos Arbitrais interessa sobretudo à ideia de “pacote de soluções” aqui desenvolvida.

O reconhecimento e execução da sentença arbitral segundo as normas da Convenção sobre Laudos Arbitrais se beneficia da padronização das exigências para tal efeito. A harmonização das regras, especialmente no que se refere às hipóteses de recusa de reconhecimento ou execução que estão primariamente arroladas no Artigo V, introduz previsibilidade na solução efetiva da controvérsia, já com vistas ao momento do cumprimento do resultado obtido. A par das inerentes dificuldades de execução compulsória pela força do Estado, que em si não ficam resolvidas pela Convenção sobre Laudos Arbitrais, a simplificação e harmonização dos requisitos para obter reconhecimento e início da execução eliminam uma etapa restritiva importante na jornada para obter satisfação com base em solução de controvérsia transnacional. Ao outorgar melhor previsibilidade e maior celeridade ao procedimento de obter o cumprimento da obrigação ou a indenização, a Convenção sobre Laudos Arbitrais opera na diminuição dos riscos contratuais ou de litigância internacional, eliminando alguns custos de transação que oneram ambas as partes sem lhes outorgar satisfação efetiva de algum interesse. O efeito social de ajustamento de condutas com base na expectativa concreta de realização do Direito descoberto através da arbitragem internacional conduz à diminuição de custos inertes e atribui maior eficiência econômica aos juridicamente difíceis relacionamentos internacionais.

19 SANDERS, Pieter (ed.). **Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958**: um texto de referência para juízes. A Haia, NL: International Council for Commercial Arbitration (ICCA), 2012, p. 63-64. Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/portuguese_guide_composite_for_website_final_revised_may_2012.pdf. Acesso em: 26 dez. 2022.

A Convenção sobre Laudos Arbitrais está em vigor para os quatro Estados fundadores do MERCOSUL. Para a Argentina, entrou em vigor internacionalmente em 14 de março de 1989 e se aplica somente a sentenças arbitrais provenientes de outros Estados Partes e somente a casos comerciais. Para o Brasil, entrou em vigor internacionalmente em 7 de junho de 2002 e não há restrições. Para o Paraguai, entrou em vigor internacionalmente em 8 de outubro de 1997 e sem restrições. Finalmente, para o Uruguai, entrou em vigor internacionalmente em 30 de março de 1983, sem quaisquer restrições²⁰.

A partir do exposto, verifica-se que há valor em se ter a Convenção sobre Laudos Arbitrais como instrumento componente do sistema de solução de controvérsias transnacionais aqui proposto.

2.2. CONVENÇÃO D'A HAIA DE 2005 SOBRE ESCOLHA DE FORO

A *Convenção da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado sobre os Acordos de Escolha de Foro de 2005* propõe aos Estados Parte a harmonização das regras consequentes a casos em que as partes envolvidas em uma situação transnacional tenham alcançado um acordo sobre escolha de foro exclusivo para solução de controvérsias. A Convenção é do tipo “dupla”, por tratar de dois temas sensíveis para as situações transnacionais: a definição da jurisdição (Capítulo II) e as regras para reconhecimento e execução da sentença estrangeira (Capítulo III). Ambos os temas são relevantes para o “pacote de soluções” aqui proposto, pois tocam na questão da previsibilidade de resultado da litigância, conduzindo, por isso, a conduta das partes antes de se engajarem em algum mecanismo de solução de controvérsias.

Os elementos de decisão inseridos na Convenção sobre Escolha de Foro, identificação da Corte com jurisdição e a facilitação do reconhecimento e execução da sentença, sempre se referem a disputas judiciais, nisso indicando que o instrumento de solução de controvérsias efetivo é o jurisdicional formal provido por um Estado soberano. A interpretação se extrai exatamente da estrutura da Convenção, que sempre se refere à Corte (ou Tribunal, em tradução possível) e à sentença, adotando como um dos conceitos em interpretação autêntica a sentença, definida como exclusivamente judicial (Artigo IV.1). A questão pode ser assim ilustrada:

1. O objetivo. Para alcançar o seu objetivo de tornar os acordos de eleição do foro o mais eficazes possível, a Convenção tem de assegurar três coisas. Em primeiro lugar, o tribunal eleito tem de conhecer do litígio quando um processo lhe é submetido. Em segundo lugar, qualquer

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Coleção dos Tratados, v. 330, p. 3, Capítulo XII: **Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras** (em inglês). Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXII/XXII-1.en.pdf>. Acesso em: 28dez. 2022.

outro tribunal ao qual sejam submetidos os processos tem de se recusar a conhecer dos mesmos. Em terceiro lugar, a sentença proferida pelo tribunal eleito tem de ser reconhecida e executada. Estas três obrigações foram incorporadas na Convenção, constituindo as suas principais disposições. Tal foi feito na esperança de que a Convenção faça pelos acordos de eleição do foro o que a *Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras* de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, fez pelas convenções de arbitragem.²¹

A “internacionalidade” é, também na Convenção de Escolha de Foro, um elemento relevante: aplicam-se as regras sobre jurisdição do tratado *exceto se as partes residirem no mesmo Estado Contratante e todos os elementos pertinentes, independentemente da localização do tribunal eleito, estiverem associados unicamente a esse Estado* e para as regras sobre reconhecimento e execução de sentença estrangeira *basta que a sentença tenha sido proferida por um tribunal estrangeiro*²². A característica de internacionalidade da Convenção sobre Escolha de Foro corresponde ao escopo do que aqui se discute, como referido na introdução, a indicar a pertinência de integrar este instrumento multilateral no “pacote de soluções” a compor o sistema de soluções de controvérsias proposto.

O âmbito de aplicação material da Convenção sobre Escolha de Foro engloba situações em que o acordo de escolha de foro exclusivo é *celebrado em matéria civil ou comercial* e o *simplex factio de um Estado, incluindo um governo, um organismo governamental ou qualquer pessoa que atue em nome de um Estado, ser parte num litígio não exclui este último do âmbito de aplicação da Convenção*²³. Estão expressamente excluídos do âmbito de aplicação material da Convenção os *contratos de consumo e de trabalho* (Artigo 2.1) além de outras situações listadas em que a característica da autonomia da vontade não está presente com clareza. A Convenção, por natureza, valoriza sobremaneira a autonomia da vontade das partes, nisso se aproximando dos princípios inspiradores da Convenção sobre Laudos Arbitrais. Os relevantes efeitos da escolha de foro exclusivo conduzem ao compromisso dos Estados Partes de não assumirem jurisdição se não for alguma de suas Cortes a eleita (Artigo 6) e de reconhecerem e executarem as sentenças estrangeiras provenientes da Corte eleita pelas partes (Artigo 8).

Não é qualquer acordo de escolha de foro que induz à aplicação da Convenção: ele deve indicar um foro exclusivo, considerando-se suficiente para esse efeito a referência a um Estado Parte sem a indicação de alguma Corte específica nele jurisdicionando. Excluem-se desse modelo, portanto, situações em que *dois*

21 HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. **Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro**: relatório explicativo. A Haia: Secretariado da Conferência d’A Haia de Direito Internacional Privado, 2005 (trad. Comissão Europeia), p. 21-22.

22 HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. **Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro**: relatório explicativo. A Haia: Secretariado da Conferência d’A Haia de Direito Internacional Privado, 2005 (trad. Comissão Europeia), p. 23, § 11.

23 HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. **Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro**: relatório explicativo. A Haia: Secretariado da Conferência d’A Haia de Direito Internacional Privado, 2005 (trad. Comissão Europeia), p. 28, nota 71.

tribunais indicados no acordo de escolha de foro *se situassem em Estados diferentes*²⁴.

A questão da contemporaneidade com o contrato ou com o litígio também é enfrentada na Convenção sobre Escolha de Foro, adotando-se fórmula semelhante à aplicada na Convenção sobre Laudos Arbitrais de modo a englobar *litígios que tenham surgido ou possam surgir de uma determinada relação jurídica* (Artigo III.a). A solução evidencia que o acordo de escolha de foro deve guardar autonomia em relação ao contrato ou à situação jurídica a que se refere, elemento claramente afirmado pelo preceito expresso do Artigo III.d, que se refere ao isolamento entre o acordo de escolha de foro e o contrato para o fim de se avaliarem as nulidades.

A Convenção sobre Escolha de Foro também admite que as transações alcançadas no curso do processo judicial que detenham força de sentença podem circular sob o sistema harmonizado de reconhecimento e execução nela proposto (Artigo XII). A autonomia da vontade das partes é novamente valorizada nesse ponto.

Novamente de forma similar à Convenção sobre Laudos Arbitrais, a Convenção sobre Escolha de Foro contém elementos de harmonização das regras de reconhecimento e execução da sentença estrangeira, aplicando-se, portanto, os comentários antes alinhados sobre a conveniência para as partes e para a sociedade em geral, ou seja, previsibilidade induzindo redução de riscos e custos.

A Convenção sobre Escolha de Foro não está em vigor para qualquer dos Estados fundadores do MERCOSUL²⁵, apesar de estarem obrigados pelos termos do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, que igualmente contempla a possibilidade de eleição de foro estrangeiro, como será visto mais adiante. Não obstante, revela-se imprescindível que a Convenção sobre Escolha de Foro, num futuro não tão longínquo, venha a vincular os países referidos junto aos que já a ratificaram no âmbito multilateral, já que se trata de um instrumento componente do sistema de solução de controvérsias transnacionais aqui proposto.

2.3. CONVENÇÃO DE SINGAPURA DE 2019 SOBRE MEDIAÇÃO

A *Convenção das Nações Unidas sobre os Acordos de Transação Internacionais Resultantes da Mediação de 2019* contém proposta de harmonização de regras

24 Como previsto no Artigo III. b da Convenção sobre Escolha de foro; ver HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. **Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro**: relatório explicativo. A Haia: Secretariado da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado, 2005 (trad. Comissão Europeia). p. 35, §§ 102-104.

25 HCCH. **Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro**: estado actual. Disponível em: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=98>. Acesso em : 28 dez. 2022.

sobre atribuição de efeitos jurídicos pelos Estados Partes aos acordos alcançados através de mediação. A característica extrajudicial e voluntária da mediação acrescenta aos objetos das Convenções sobre Laudos Arbitrais e sobre Escolha de Foro um outro meio de solução de controvérsias, compondo nova possibilidade dentro do “pacote de soluções” de um sistema de resolução de controvérsias internacionais aqui sob exame. O encontro de vontades das partes, inerente à mediação, evidencia o alto valor atribuído à autonomia da vontade no emprego desse mecanismo jurídico.

O objeto material da Convenção sobre Mediação é definido como *controvérsia comercial* (Artigo 1.1), limitando-se em conteúdo quando comparado às definições de escopo das Convenções sobre Laudos Arbitrais e sobre Escolha de Foro. Correlatamente, a definição subjetiva da aplicação da Convenção sobre Mediação se faz quanto a comerciantes, como emerge dos conteúdos referidos ao *estabelecimento* utilizados nas alíneas do Artigo 1.1.

Estão expressamente excluídas da Convenção sobre Mediação as situações envolvendo o consumidor e os acordos *relacionados com o Direito de Família, o Direito de Sucessões e o Direito Trabalhista* (Artigo 1.2), ajustando-se às limitações apontadas para as Convenções sobre Laudos Arbitrais e sobre Escolha de Foro. Outras exclusões se referem a acordos homologados judicialmente, alcançados no curso de processo judicial ou que detenham executoriedade equivalente à uma sentença judicial (Artigo 1.3.a) ou que estejam integrados à uma sentença arbitral e sejam executáveis como tal, eliminando por tais preceitos eventuais conflitos por superposição com as Convenções sobre Laudos Arbitrais, sobre Escolha de Foro ou sobre Sentenças Estrangeiras.

A “internacionalidade” do modelo hipotético base da Convenção sobre Mediação está indicada no Artigo 1.1, que define o âmbito de aplicação. A Convenção se aplicará nos casos em que o estabelecimento de pelo menos duas das partes envolvidas estiver em Estados diferentes (Artigo 1.1.a) ou, quando não estiver presente a diversidade de locais do estabelecimento, o lugar do cumprimento substancial das obrigações derivadas do acordo ou o lugar com conexões mais relevantes com o objeto do acordo for diferente do Estado do estabelecimento das partes (Artigo 1.1.b). Mais uma vez a “internacionalidade” definidora do âmbito de aplicação da Convenção sobre Mediação recomenda que ela seja incluída no “pacote de soluções” para composição do sistema de solução de controvérsias internacionais aqui tratado.

Quanto ao problema da contemporaneidade com o contrato ou o litígio, o relevante para a Convenção sobre Mediação é que o acordo não seja obtido em contexto judicial ou de arbitragem, de modo que não detenha executoriedade inerente às decisões obtidas por esses meios de solução de controvérsias. Neste

aspecto específico, considerada a natureza da mediação como instrumento de solução de controvérsias, há maior flexibilidade para as partes alcançarem a pacificação do litígio, o que valoriza a autonomia da vontade e admite que o resultado seja obtido em qualquer fase da litigância internacional.

De forma similar às Convenções sobre Laudos Arbitrais e sobre Escolha de Foro, a Convenção sobre Mediação contém elementos de harmonização das regras de reconhecimento e execução do acordo celebrado no estrangeiro, aplicando-se, portanto, os comentários antes alinhados sobre a conveniência para as partes e para a sociedade em geral, ou seja, previsibilidade induzindo redução de riscos e custos.

A Convenção sobre Mediação não está em vigor para qualquer dos quatro Estados fundadores do MERCOSUL²⁶, muito embora seja um instrumento componente do sistema de solução de controvérsias transnacionais aqui proposto.

2.4. CONVENÇÃO D'A HAIA DE 2019 SOBRE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

A *Convenção da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial de 2019* compila regras harmonizadas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Os Estados Contratantes da Convenção sobre Sentenças Estrangeiras obrigam-se a reconhecer e executar as sentenças provenientes de outros Estados Contratantes e a não rejeitar tais sentenças salvo nas restritas hipóteses previstas naquele tratado (Artigo 4.1). O termo “sentença estrangeira” está limitado às decisões proferidas por Tribunais (Cortes), vocábulos que *devem ser interpretados autonomamente e se referem a autoridades ou instituições que são parte do ramo ou sistema Judiciário de um Estado e que exercem funções judiciais*, não estando incluídos nesse catálogo *autoridades administrativas, notários públicos ou autoridades não-estatais*²⁷.

O objeto material da Convenção sobre Sentenças Estrangeiras está indicado como *matéria civil ou comercial* (Artigo 1.1) em modo semelhante ao adotado na Convenção sobre Escolha de Foro²⁸, mas com uma série de restrições a esse tema, a iniciar por matéria de tributação, aduana ou administrativa em geral (Artigo 1.1) e passando por diversos tópicos que podem ser agrupados em quatro

26 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Coleção dos Tratados, Capítulo XXII. 4: **Convenção sobre Acordos Internacionais de Transação Resultantes de Mediação** (em inglês). Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSCG/Volume%20II/Chapter%20XXII/XXII-4_en.pdf. Acesso em: 28 dez. 2022.

27 GARCIMARTÍN, Francisco; SAUMIER, Geneviève. **Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters**. A Haia: Secretariado da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado, 2020. p. 79, § 102.

28 HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. **Convenção de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição de Foro**: relatório explicativo. A Haia: Secretariado da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado, 2005 (trad. Comissão Europeia). par. 49.

categorias: 1) família e sucessões; 2) matérias relacionadas a registros públicos; 3) matéria relacionada ao exercício pelo Estado de poderes soberanos; e 4) algumas matérias especiais²⁹ (Artigo 2.1). A Convenção sobre Sentenças Estrangeiras, diferentemente das demais já examinadas, não exclui as situações envolvendo o consumidor ou empregado, senão estabelece um tratamento privilegiado a tais casos, em busca de proteção a tais atores presumidamente vulneráveis (Artigo 5.2). As sentenças resolvendo casos contratuais ou extracontratuais estão incluídas no escopo da Convenção, sendo a chave de operação a verificação pelo Estado requerido para reconhecimento e execução da sentença ter sido proferida por um Estado de origem em que a jurisdição foi exercida conforme certas bases expressamente especificadas nos Artigos 5 e 6. A recusa de reconhecimento e execução somente está autorizada nas restritas hipóteses do Artigo 7.

A “internacionalidade” dos preceitos da Convenção sobre Sentenças Estrangeiras se expressa através da previsão delimitadora do tema: aplica-se *ao reconhecimento e execução em um Estado Contratante de uma sentença proferida por um Tribunal de outro Estado Contratante* (Artigo 1.2). A questão é logicamente aprofundada através da técnica de utilizar as bases de jurisdição indireta (ou filtros jurisdicionais) para constituir a obrigação de reconhecer e executar³⁰, de modo que as partes envolvidas em disputa judicial internacional terão uma expectativa razoável quanto à receptividade em outro Estado da sentença que for proferida, conforme regras harmonizadas.

Como é inerente ao objeto da Convenção sobre Sentenças Estrangeiras, ela se aplica somente após concluído o procedimento judicial de solução de controvérsias, facilitando a circulação internacional da sentença. O valor para o “pacote de soluções” constitutivo do sistema de solução de controvérsias internacionais aqui discutido é evidente, aplicando-se, portanto, os comentários antes alinhados sobre a conveniência para as partes e para a sociedade em geral, ou seja, previsibilidade induzindo redução de riscos e custos.

A Convenção sobre Sentenças Estrangeiras deverá entrar em vigor internacionalmente em 1º de setembro de 2023, mas até o momento os quatro Estados fundadores do MERCOSUL não estão a ela vinculados,³¹ apesar de sua impor-

29 De NARDI, Marcelo. *The Hague Convention of 2019 on foreign judgments: Operation and refusals*. UNDERDOWN, Michael. *International Law - A Practical Manual*. London: IntechOpen, 2022. Disponível em: <https://www.intechopen.com/online-first/the-hague-convention-of-2019-on-foreign-judgments-operation-and-refusals>. Acesso em: 27 dez. 2022.

30 De NARDI, Marcelo. Controle indireto da jurisdição internacional: a “autoridade competente” na homologação de sentença estrangeira no Brasil. *Revista da ESMAFE/RS*, Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, v. 1, a. 2017, Porto Alegre, p. 77-94.

31 HCCH. *Convencción de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial*: estado actual. Disponível em: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=137>. Acesso em: 28 dez. 2022.

tância como instrumento componente do sistema de solução de controvérsias transnacionais aqui proposto.

3. A EXPERIÊNCIA REGIONAL: O PARADIGMA DO MERCOSUL

A fim de corroborar a ideia de criação de um “pacote de soluções” para temas como a compra e venda internacional de mercadorias, no que tange à solução de controvérsias e reconhecimento e execução de sentenças ou laudos arbitrais estrangeiros, que seja acessível sem restrições aos Estados, o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) se revela como foro codificador de relevo em matéria de Direito Internacional Privado, especificamente com relação ao processo civil internacional, cuja experiência pode servir à construção da proposta pretendida.

O MERCOSUL, bloco econômico integrado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai,³² foi criado em 26 de março de 1991 pelo Tratado de Assunção³³. O objetivo buscado pelo processo de integração, expressado no art. 1º do tratado constitutivo, relaciona-se à consolidação de um mercado comum composto pelas chamadas quatro liberdades de circulação, a saber, circulação de mercadorias, serviços, capitais e fatores de produção. Justamente pensando na elaboração de ferramentas destinadas à consecução dos objetivos propostos, o bloco previu, no mesmo dispositivo, a harmonização das legislações nacionais nas áreas pertinentes como meta a ser cumprida pelos Estados Partes para o aprofundamento da integração.

Nesse aspecto, considerando a harmonização legislativa como um dos objetivos vinculados ao desenvolvimento regional da integração, o Direito Internacional Privado ocupa especial lugar de destaque, haja vista a necessidade do estabelecimento de soluções comuns para dar resposta aos mais distintos casos com elementos de internacionalidade. Casos esses que se veem em constante expansão em âmbitos integrados, dado que provocam naturalmente a aproximação das pessoas físicas e jurídicas com domicílio, residência ou sede em distintos Estados. Logo, o direito processual internacional tem se mostrado um terreno fértil para o surgimento de diversas manifestações em matéria de solução de controvérsias entre atores privados.

Com relação à importância do Direito Internacional Privado nos âmbitos integrados, Erik Jayme já se manifestou identificando a forma de desenvolvimento da matéria nos primeiros anos de existência de um bloco econômico:

32 Cabe a referência que a Venezuela foi incorporada ao bloco em 2012, mas desde 2017 encontra-se suspensa por aplicação do Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático. A Bolívia, por sua vez, encontra-se em processo de adesão, desde 2015.

33 MERCOSUR. **Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.** (26 marzo 1991) Asunción. Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx. Acesso em: 28 dez. 2022.

“En las comunidades regionales tales como la Comunidad Europea o el MERCOSUR, el derecho tiene que servir a la integración y a mantener iguales condiciones dentro del mercado común. El DIPr entendido en sentido amplio, comprendiendo tanto las cuestiones procesales como los aspectos del derecho aplicable, es una de las principales herramientas para avanzar en la integración. Él respeta la diversidad cultural de los diferentes sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, se convierte en una vía de cooperación. El primer paso consiste habitualmente en unificar las normas relativas a la jurisdicción y aquellas dirigidas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras; el paso siguiente tiene que ver con el derecho aplicable.”³⁴

No mesmo sentido, mas centrando a atenção sobre o papel da cooperação jurídica internacional nos espaços integrados, Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Leonardo Vieira de Oliveira sustentam que:

“A cooperação jurídica internacional é um dos instrumentos mais efetivos de integração regional, eis que seus mecanismos aproximam não somente as Administrações Públicas dos Estados parceiros do bloco, como também conectam indivíduos e empresas - inegavelmente, os principais destinatários dos projetos integradores - por meio de institutos conformadores de um verdadeiro processo civil internacional. Dessa forma, são finalmente vencidas antigas barreiras ao amplo acesso à Justiça na esfera internacional, tais como o alto custo das taxas judiciárias e complexos sistemas de reconhecimento e incorporação de decisões e cartas rogatórias.”³⁵

Tomando por base as assertivas anteriores e considerando que, no MERCOSUL, o Direito Internacional Privado vem se desenvolvendo a partir do uso de tratados internacionais, como ferramenta clássica do Direito Internacional, dada a sua natureza jurídica intergovernamental e o consenso como *modus operandi*, veremos, a seguir, os dois principais instrumentos processuais da região integrada, que harmonizaram soluções em matéria de jurisdição internacional em sede contratual e reconhecimento e execução de decisões estrangeiras e que, portanto, são a base para a solução de controvérsias transnacionais de particulares.

3.1. PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA CONTRATUAL

O Protocolo de Buenos Aires,³⁶ assinado em 5 de agosto de 1994, é o instrumento processual que no MERCOSUL regula a jurisdição internacional vinculada a contratos internacionais celebrados entre contratantes, pessoas físicas ou jurídicas, que tenham domicílio ou sede social em distintos Estados Partes, aplicando-se, igualmente, nas hipóteses em que pelo menos um dos contratantes tenha seu domicílio ou sede social em Estado Parte do MERCOSUL, quando

34 JAYME, Erick. Necesidad de un derecho internacional privado del MERCOSUR. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.) **Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 21.

35 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; OLIVEIRA, Leonardo Vieira de. A eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras do Protocolo de Las Leñas e a necessidade de homologação em tribunais brasileiros. In: SCOTTI, Luciana B.; VIEIRA, Luciane Klein (Dir.) **El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes**. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020. p. 348.

36 MERCOSUL. **Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional em Matéria Contratual** (MERCOSUL/ CMC/ DEC. nº 1/ 1994). Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ DetallesTratado.aspx?id=vsYCPsy-voaOuajbO8aLwYA=. Acesso em: 25 out. 2022.

houver acordo de eleição de foro em favor de tribunal mercosulino, situação na qual deve existir uma conexão razoável entre o contrato e o foro escolhido.³⁷ Nesse sentido, o tratado pretende servir como instrumento jurídico destinado a facilitar a circulação de mercadorias na região integrada, criando regras comuns para determinar quem é a autoridade judicial ou arbitral competente para o conhecimento de demandas relacionadas a contratos internacionais de natureza civil ou comercial.

Sobre o tema do âmbito material de aplicação do tratado, cabe ainda referir que no seu art. 2º, o Protocolo exclui uma série de matérias, dentre as quais se destacam os contratos de compra e venda com a presença do consumidor, em razão justamente da necessidade de proteção à parte débil da relação jurídica.³⁸ Dessa forma, segundo a doutrina, as exclusões consagradas no Protocolo “constituyen hipótesis en las que una previsible desigualdad contractual de las partes llevó a no incluirlas en una regulación convencional en la que la solución básica se funda en los acuerdos de elección del foro”.³⁹ Em outras palavras, considerando que uma das pedras fundamentais do Protocolo é justamente a possibilidade das partes, que se encontram em igualdade de posições, escolherem um tribunal judicial ou arbitral como competente, afastando as regras previstas pelo tratado, a grande preocupação que resultou na exclusão não só dos contratos de consumo, mas também daqueles com a presença do trabalhador (nos quais não há discussão das cláusulas contratuais), era a de que isso resultasse na inviabilização do acesso à justiça à parte vulnerável por imposição de um foro mais próximo ou mais benéfico ao fornecedor/empregador. Por essa e outras razões, quando da elaboração do Protocolo de Buenos Aires, as delegações dos Estados Partes ventilaram a necessidade de criação de um instrumento jurídico independente⁴⁰ para tratar destes tipos contratuais específicos, o que ocorreu em 1996, quando se aprovou o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações

37 FAZIO, Silvia. **Os Contratos Internacionais na União Européia e no MERCOSUL**. São Paulo: LTR, 1998. p. 55.

38 Essa exclusão dos contratos internacionais de consumo do âmbito de aplicação do Protocolo de Buenos Aires foi inclusive reiterada em sede de opinião consultiva. Sobre o tema, ver: VIEIRA, Luciane Klein; JECKEL, Lisiane Cristina. Revisitando a opinião consultiva nº 1/2007: uma tentativa de estabelecimento de bases para a consolidação do conceito de consumidor, no MERCOSUL. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 126, p. 321-348, nov. / dez. 2019.

39 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. **La Dimensión Judicial del Caso Privado Internacional en el Ámbito Regional**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002. p. 78. En el mismo sentido: “la autonomía de la voluntad está prohibida o, al menos, limitada en esos casos a causa de la protección que merece el contratante económicamente débil (trabajador, consumidor, asegurado o tenedor del seguro)”. ARROYO, Diego P. Fernández. El futuro del MERCOSUR: la reglamentación mercosureña en materia de contratos internacionales desde la cosmovisión borgeana. **Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado**, n. especial, 2000. p. 41.

40 É interessante destacar que: “a medida que se avanzaba en el estudio y elaboración del Protocolo de Buenos Aires se advertía la necesidad de dedicarle un instrumento independiente al de consumo. Varias fueron las razones por las que se decidió desagregarlo del Protocolo de Buenos Aires. La diferencia de posiciones frente a la autonomía, el tratamiento diferenciado entre el consumidor y su contraparte, la necesidad de adecuar el proceso para proteger al consumidor, por ejemplo. Por otra parte, tratar cada jurisdicción separadamente permitía concluir antes el Protocolo y otorgar al MERCOSUR en no más de dos años un instrumento útil a sus objetivos de armonización”. (ZANETTI, Alicia Perugini. **Derecho internacional privado del consumidor. XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional**. Sección Derecho Internacional Privado. Rosario, 2005. p. 49.)

de Consumo,⁴¹ norma que nunca chegou a entrar em vigência, mas que de forma visionária afastava a possibilidade de eleição de foro, impondo como critério de conexão o do juízo do domicílio do consumidor, como forma de proteger à parte fraca da relação internacional de consumo.

Com relação ao estabelecimento de regras que invocam soluções em matéria de jurisdição internacional direta, portanto, para os contratos internacionais de natureza civil ou comercial, o Protocolo de Buenos Aires adota duas possibilidades: a) em primeiro lugar, permite que as partes contratantes escolham o foro ou o tribunal arbitral competente para a demanda (art. 4º),⁴² num claro exercício da autonomia da vontade, o qual pode ser manifestado antes, durante ou até mesmo depois de instalada a controvérsia (art. 5º); ou então, b) em não havendo eleição ou tendo sido esta considerada nula, elenca critérios de conexão destinados a auxiliar o juiz no momento da definição da jurisdição.

No que tange especificamente ao uso da autonomia da vontade, e buscando salvaguardar a eleição feita pelas partes em favor de um tribunal judicial ou arbitral, o Protocolo estabelece, no art. 5º, parágrafos 2 e 3, que a validade e os efeitos da escolha realizada serão regidos pelo direito do Estado Parte que teria jurisdição, conforme as regras para a determinação da competência estabelecidas no próprio Protocolo, devendo, em qualquer caso, ser aplicado o direito mais favorável à validade do acordo, em clara adoção da regra *favor negoti*.⁴³

Por outro lado, quando as partes não fizeram uso da autonomia da vontade ou se o acordo estabelecido for considerado inválido, o Protocolo elenca três hipóteses de jurisdição subsidiária, no art. 7º, a saber: a) o juízo do Estado de cumprimento da obrigação; b) o juízo do Estado de domicílio ou sede do demandado; c) o juízo do Estado de domicílio ou sede do autor, desde que este demonstrar que cumpriu com a sua contraprestação, critério geralmente não contemplado nas convenções internacionais e nem mesmo nas normas de fonte interna dos Estados e que facilita o acesso à jurisdição ao proponente da ação.⁴⁴

41 MERCOSUL. **Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo** (MERCOSUL/ CMC/ DEC nº 10/ 96). Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ DetallesTratado.aspx?id=llk90C8qjD/9eWgqGr/GgA=. Acesso em: 25 out. 2022.

42 Essa orientação vem ao encontro do estabelecido no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1998, aprovado no âmbito do MERCOSUL, o qual regula a utilização da arbitragem como mecanismo alternativo para solução de controvérsias surgidas em decorrência de um contrato comercial internacional celebrado entre pessoas físicas e/ou jurídicas de direito privado, permitindo, expressamente, a designação da sede do tribunal arbitral em um dos Estados Partes do bloco, nos termos do art. 13. (MERCOSUL. **Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional** (CMC/ DEC. Nº 3/ 1998). Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ DetallesTratado.aspx?id=YoJECHuyUmFj6fyID4u1A%3d%3d. Acesso em: 25 out. 2022.

43 Para mais detalhes sobre o tema, ver: NOODT TAQUELA, María Blanca. Los acuerdos de elección de foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994. **Jurisprudencia Argentina**, t. 1996-II, pp. 738-747; ZANETTI, Alicia M. Perugini. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual. **Jurisprudencia Argentina**, n. Especial MERCOSUR, 1997, pp. 58-63.

44 Conforme a doutrina: “se trata de un criterio novedoso, ya que normalmente no se atribuye jurisdicción a los jueces del domicilio o residencia habitual del actor, salvo cuando se trata de partes débiles, como sucede en materia de alimentos o de consumidores, que son materias excluidas del Protocolo”. (KLOR, Adriana Dreyzin; MARTINOLI, Amalia Uriondo de; TAQUELA, María Blanca Noodt. Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosu-

Além dos critérios de conexão estabelecidos no dispositivo em comento, e que claramente se aplicam, sobretudo, a situações envolvendo contratos de compra e venda internacional de mercadorias, o Protocolo também prevê a possibilidade de prorrogação tácita da jurisdição, quando o demandado não argui a incompetência do juízo (art. 6º) e contesta sem objeção a demanda apresentada em Estado Parte do MERCOSUL. Já especificamente para os contratos comerciais internacionais derivados de litígios que surjam entre os sócios de uma sociedade comercial, vinculados a questões societárias, o art. 10 do tratado determina a jurisdição dos juízes da sede principal da administração da empresa.⁴⁵

Portanto, ao estabelecer critérios rígidos de conexão e, igualmente, ao permitir a escolha do foro ou tribunal arbitral, o Protocolo de Buenos Aires uniformiza as soluções adotadas no âmbito dos Estados Partes do MERCOSUL, na medida em que está vigente em todos eles, impondo, assim, a sua aplicação às relações jurídicas contratuais, de natureza civil ou comercial, com elementos de internacionalidade, que se desenvolvam entre particulares na zona integrada.

Por fim, com relação à jurisdição internacional indireta, que se refere ao reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, com o propósito de facilitar a circulação internacional das sentenças judiciais e arbitrais entre os Estados Partes, o art. 14 do tratado prevê que a jurisdição internacional regulada pelo art. 20, alínea “c” do Protocolo de Las Leñas (que será visto a continuação), imposta como um dos critérios que deverá ser analisado para fins de concessão do reconhecimento de uma decisão estrangeira, ficará submetida ao disposto no Protocolo de Buenos Aires. Sobre o tema, Nádia de Araújo e Caio Gomes de Freitas sustentam que

O art. 14 do Protocolo trata da verificação da jurisdição no momento de reconhecimento e execução extraterritorial de sentenças judiciais e laudos arbitrais. Para tanto, este dispositivo faz referência ao art. 20, alínea c, do Protocolo de Las Leñas, o que implica aos Estados Membros uma interpretação conjunta dos dois diplomas regionais. As bases de jurisdição expostas nos arts. 7 a 12 do PBA equalizam as diversas modalidades de jurisdição dos Estados Membros e podem ser consideradas como verdadeiras normas indiretas de jurisdição. Representam um avanço na matéria, que no âmbito global ainda não havia sido atingido, o que ocorreu com a

reños. In: ARROYO, Diego P. Fernández (Coord.) **Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR**. Buenos Aires: Zavalia, 2003. pp. 194-195.)

45 Cabe referir que, ainda no âmbito do MERCOSUL, o Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes, aplicável quando o acidente tenha ocorrido no território de um Estado Parte, no qual tenha participado ou resulte atingida pessoa domiciliada em outro Estado Parte, determina, em seu art. 7º, que “para exercer as ações compreendidas neste Protocolo serão competentes, à eleição do autor, os tribunais do Estado Parte: a) onde ocorreu o acidente; b) do domicílio do demandado; c) do domicílio do demandante.” (MERCOSUL. **Protocolo de São Luiz em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes do MERCOSUL**. (CMC/DEC Nº 1/ 1996). Disponível em: [https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ DetallesTratado.aspx?id=jvtjanHRIRR+0mTc9fMVaQ%3d%3d](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=jvtjanHRIRR+0mTc9fMVaQ%3d%3d). Acesso em: 25 out. 2022.) Como se verifica, em matéria de responsabilidade civil, o bloco possui normas específicas para determinar a jurisdição no pertinente a acidentes de trânsito transfronteiriços, o que igualmente facilita um eventual reconhecimento ou homologação de decisão estrangeira proveniente de um Estado Parte, na matéria, com relação à análise do requisito da competência internacional.

recente Convenção da Haia sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial, finalizada em julho de 2019.”⁴⁶

Desse modo, adotando o diálogo das fontes, se está garantindo o reconhecimento e a execução de decisões judiciais e arbitrais ditadas nos Estados Partes do MERCOSUL, em matéria de contratos internacionais civis e comerciais, uma vez observados os critérios comuns de conexão estabelecidos em sede de jurisdição internacional pelo Protocolo de Buenos Aires.

3.2. PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E ASSISTÊNCIA JURISDICIONAL EM MATÉRIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL E ADMINISTRATIVA (PROTOCOLO DE LAS LEÑAS)

O Protocolo de Las Leñas,⁴⁷ assinado em 27 de junho de 1992 pelos Estados Partes do MERCOSUL, foi o primeiro instrumento jurídico destinado à harmonização de legislações no tocante à cooperação jurídica internacional.⁴⁸ Foi criado de forma a complementar o sistema estabelecido pela fonte convencional heterônoma do MERCOSUL, composta pelos Tratados de Montevideu de 1889 e 1940, que vinculam Argentina, Paraguai e Uruguai e pelo Código de Bustamante, ao qual o Brasil está vinculado, buscando estabelecer entre eles um diálogo sistêmico de coerência.⁴⁹

Sendo assim, o tratado procura gerar na zona integrada um sistema mais profundo e ao mesmo tempo mais simples e ágil de cooperação entre os Estados Partes, em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa e com relação à reparação de danos e restituição de bens pronunciada em jurisdição penal, a fim de desburocratizar o cumprimento das cartas rogatórias, facilitar o acesso à jurisdição e reduzir os custos de tramitação de um processo.⁵⁰

46 ARAÚJO, Nádia de; FREITAS, Caio Gomes de. A observância das cláusulas de eleição de foro no Brasil: o Protocolo de Buenos Aires na jurisprudência brasileira. In: SCOTTI, Luciana B.; VIEIRA, Luciane Klein (Dirs.) **El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes**. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020. p. 477-478.

47 MERCOSUL. **Protocolo de Cooperación e Assistència Jurisdiccional em Matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa**. (MERCOSUL/CMC/DEC. nº 5/92). Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetailesTratado.aspx?id=N3IHqzUD1Ju3ySGqV9PRew=. Acesso em: 25 out. 2022.

48 O Protocolo sofreu duas reformas posteriores. A primeira, ocorrida em 1997, instituiu o sistema de uso de formulários traduzidos ao espanhol e ao português para a transmissão das cartas rogatórias. (Ver: MERCOSUL. **Acordo Complementar ao Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación e Assistència Jurisdiccional em Matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa**. MERCOSUL/CMC/DEC. nº 5/97. Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetailesTratado.aspx?id=MbLo23YlQ2Eef/jH8e4eEA=. Acesso em: 25 out. 2022.) A segunda, ocorrida em 2002, ainda não vigente pois pendente da ratificação do Uruguai, ampliou a via de transmissão e os sujeitos legitimados para solicitar o *exequatur*. (Ver: MERCOSUL. **Enmienda al Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Assistència Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa**. MERCOSUL/CMC/DEC. nº 7/2002. Disponível em: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetailesTratado.aspx?id=pBRy5SP5QG4c1bU5yW5abw=. Acesso em: 25 out. 2022)

49 MARQUES, Cláudia Lima. Conflitos de convenções de processo civil internacional: por um diálogo das fontes universais e regionais nos países do MERCOSUL. In: YARSELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. pp. 45-47.

50 VIEIRA, Luciane Klein. **La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado**. Buenos Aires: La Ley, 2017. p. 150.

a exigência de que o juiz de origem tenha competência para ditar a decisão estrangeira nada mais é do que um exercício de bilateralização das normas, na medida em que Las Leñas exige que a jurisdição do juiz estrangeiro seja analisada de acordo com as normas de jurisdição internacional do ordenamento jurídico do Estado requerido. Esta postura territorialista “ha sido criticada ya que implica presuponer una coincidencia entre los propios criterios y los extranjeros”.⁵³ Não obstante, com relação à ela cabe resgatar o disposto no Protocolo de Buenos Aires, antes analisado, no sentido de que, pelo menos em sede de contratos internacionais em matéria civil e comercial, já que os critérios de jurisdição foram harmonizados por meio do tratado, não haverá maiores inconvenientes com o cumprimento deste requisito em sede de reconhecimento de decisão estrangeira, já que os critérios de conexão que atribuem jurisdição são comuns entre os Estados.

Por fim, ainda com relação ao Protocolo de Las Leñas, é importante referir que o mesmo garante a igualdade de tratamento processual para cidadãos e residentes permanentes, dando-lhes livre acesso à justiça nas mesmas condições que os nacionais do Estado Parte no qual se pretende ingressar com a demanda, nos termos do estabelecido pelo art. 3º, estendendo-se tal garantia às pessoas jurídicas regularmente constituídas, autorizadas e registradas nos Estados Partes. Corolário lógico deste sistema é a proibição da imposição do pagamento de caução de processo ou depósito para garantia do pagamento de honorários e custas processuais, como condição de acesso à jurisdição (art. 4º). Como se verifica, o tratado mercosulino procurou eliminar qualquer restrição que pudesse impedir a prestação jurisdicional, ou que pudesse imprimir um sistema de discriminação entre nacionais e estrangeiros.⁵⁴

4. POR UM SISTEMA MULTILATERAL DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS APLICÁVEL À COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

A partir da análise dos tratados multilaterais e regionais até aqui referidos, é possível encontrar na conjunção das convenções e protocolos antes examinados uma coerência que permita declarar a existência de um sistema de solução de controvérsias internacionais para casos relacionados a contratos de compra e venda internacional de mercadorias, objetivo principal deste capítulo. Das caracterís-

53 ARGERICH, Guillermo. Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en los procesos de integración – análisis comparativo de las regulaciones del MERCOSUR y de la Comunidad Europea. *Jurisprudencia Argentina*, t. 1997. p. 836.

54 Sobre o tema, é salutar registrar que “o aprofundamento das relações comerciais entre os particulares que têm no MERCOSUL um mercado ampliado, multiplica proporcionalmente a litigiosidade e o número de processos judiciais entre as partes estabelecidas nos Estados Partes do bloco. Assim, se as relações são intensificadas por conta da eliminação de restrições ao livre comércio entre os Estados Partes, o mesmo incentivo é necessário na hora de solucionar qualquer diferença resultante, sob ameaça de aumentar a desconfiança entre os parceiros.” (MEINERO, Fernando Pedro; JAEGER JÚNIOR, Augusto. Igualdade de tratamento processual e isenção de *cautio iudicatum solvi* no Protocolo de Las Leñas. In: SCOTTI, Luciana B.; VIEIRA, Luciane Klein (Dir.). *El Derecho Internacional Privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados Partes*. Asunción: Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020. p. 382.)

ticas enunciadas para cada tratado selecionar-se-ão conteúdos em que seja possível identificar coincidências, compreender os limites e apontar superposições. As quatro Convenções multilaterais antes referidas têm por objetivo a harmonização de regras para solução de controvérsias internacionais e circulação internacional facilitada das decisões alcançadas, atendendo ao objetivo de constituir um sistema focalizado em relacionamentos interprivados transnacionais. Do mesmo modo, os dois protocolos regionais vinculados ao MERCOSUL igualmente são fruto da harmonização de legislações nacionais, buscando brindar soluções efetivas em matéria de jurisdição internacional direta e indireta. Neste tocante, a compra e venda internacional de mercadorias se vê contemplada, sobretudo nas disposições inerentes ao Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, que uniformiza os critérios de conexão para atribuir jurisdição aos juízes dos Estados Partes do MERCOSUL, privilegiando, não obstante, a cláusula de eleição de foro estrangeiro, um dos principais dispositivos em matéria contratual que consagra a autonomia da vontade das partes.

Como visto, com relação às Convenções multilaterais, estas propõem instrumentos de solução de controvérsias e de distribuição transnacional de efeitos independentemente da característica judicial desses mecanismos. Duas delas claramente adotam normativa para soluções extrajudiciais: a Convenção sobre Laudos Arbitrais e a Convenção sobre Mediação. Do mesmo modo, o Protocolo de Buenos Aires igualmente permite a escolha de tribunais arbitrais como competentes para a demanda derivada da relação contratual internacional, privilegiando a arbitragem como mecanismo alternativo para a resolução de controvérsias, tendo o respaldo do Protocolo de Las Leñas para posterior homologação e execução da decisão arbitral estrangeira. A importância dos instrumentos referidos para o que está em exame neste capítulo é o modo como propõem aos Estados Partes a obrigação de atribuir efeitos jurídicos cogentes, com caráter executório, a soluções de controvérsia extrajudiciais provenientes do estrangeiro. Já as Convenções sobre Escolha de Foro e sobre Sentenças Estrangeiras, no âmbito multilateral, têm foco em solução de controvérsias judiciais, concentrando-se em caracterizar precisamente a solução de controvérsias através da direta ação do Estado pelo exercício da jurisdição e em facilitar a circulação internacional da solução alcançada, o que também é buscado pelos tratados regionais antes referidos, no âmbito do MERCOSUL.

Do conjunto das quatro Convenções multilaterais e dos dois Protocolos regionais se extrai uma cobertura para meios de solução de controvérsias judiciais e extrajudiciais, expandindo as possibilidades de resolução de litígios para benefício das partes envolvidas. Essa característica ampliativa favorece a ideia de sistema aqui proposta, pois abrange muitas hipóteses extraídas da experiência prática.

Quanto ao âmbito de aplicação, as quatro Convenções incluem em seu escopo o modelo do contrato de compra e venda internacional de mercadorias, pois em todas elas se encontra o conteúdo material *comercial* inerente a esse tipo de operação jurídica. A Convenção mais restritiva, a sobre Mediação, contém exatamente esse limitador de objeto, tornando adequado propor o agrupamento em sistema dos quatro tratados para atender às situações de litígio em exame. No tocante ao MERCOSUL, o Protocolo de Buenos Aires claramente permite a sua aplicação à compra e venda internacional de mercadorias, cabendo o destaque de ter sido criado para ser aplicado à definição de jurisdição em matéria comercial e civil, vinculada especificamente a relações contratuais. O Protocolo de Las Leñas, ainda que seja mais abrangente que o tratado anterior, já em seu nome destaca o âmbito material de aplicação, recaindo, portanto, sobre as relações civis e comerciais, o que abarca a compra e venda antes referida.

Quanto ao elemento subjetivo, a par das questões de exclusão dos Estados como entes exercentes de poder soberano (*ius imperii*), há duas Convenções multilaterais que claramente estabelecem restrições diretas: a sobre Escolha de Foro e a sobre Mediação. A mais restritiva é a sobre Mediação, que indiretamente limita suas regras aos comerciantes, excluindo por isso as situações em que o relacionamento em exame não pode ser caracterizado pelo elemento subjetivo da participação do Estado. Estão excluídos dessas convenções os consumidores e os empregados. Na Convenção sobre Laudos Arbitrais a limitação se dá pela cláusula *matéria passível de solução mediante arbitragem* (Artigo II.1) que em alguns Estados poderá excluir consumidores e empregados, a depender da proteção que se estabeleça a esses presumidos vulneráveis. Na Convenção sobre Sentenças Estrangeiras esses atores têm uma proteção maior, não se aplicando contra eles a integralidade do sistema facilitado de circulação internacional de sentenças. O modelo do contrato de compra e venda internacional de mercadorias vislumbra-se através do prisma de seus atores está claramente inserido nas quatro Convenções, permitindo encontrar a sincronização inerente ao sistema aqui proposto. No mesmo sentido, aplica-se o modelo no âmbito regional, na medida em que o Protocolo de Buenos Aires igualmente exclui trabalhadores e consumidores do seu âmbito de aplicação, bem como os contratos administrativos, permitindo plenamente a sua aplicação aos contratantes, pessoas físicas e jurídicas, que atuam com interesse privado.

Quanto ao momento de incidência das Convenções em relação às fases da litigância internacional, há limitações inerentes aos objetos de cada uma delas. A Convenção sobre Laudos Arbitrais tem a característica de ter precedência sobre as demais por ser aplicável a qualquer fase da litigância, inclusive na de cumprimento de decisão judicial. A Convenção sobre Escolha de Foro tem dois momentos de incidência: na definição do foro apropriado para a disputa judicial e na facilitação

da circulação internacional da sentença, aplicando-se somente à fase de litigância judicial. A Convenção sobre Mediação se aplica somente em momento anterior à litigância judicial ou à arbitragem, pois o início desses procedimentos tende a eliminar a possibilidade de sua aplicação. A Convenção sobre Sentenças Estrangeiras se aplica após a fase de conhecimento da litigância judicial. Do ponto de vista de planejamento, da preparação da litigância, todas as Convenções influem na tomada de decisão pelas partes. A visão de sistema aqui proposta atua exatamente nesse ponto, ao outorgar um conjunto de soluções de controvérsia disponíveis que permite avaliar corretamente os riscos, mitigando-os pela disponibilidade dos meios harmonizados de solução de controvérsias e pela segurança informacional que a simplificação outorga. O contrato de compra e venda internacional de mercadorias está inserido nesse contexto. Igual raciocínio se translada ao âmbito regional. O Protocolo de Buenos Aires aplica-se tanto de forma prévia à litigância judicial, se há a opção pela arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias, mas também se aplica a esta fase, quando há a definição do foro competente ou o uso dos critérios de conexão que atribuem jurisdição aos juízes dos Estados Partes do MERCOSUL. O Protocolo de Las Leñas, por se tratar de acordo que tem como escopo a cooperação jurídica internacional, aplica-se à litigância judicial propriamente dita. Logo, comprova-se a possibilidade da aplicação de tais instrumentos também à compra e venda internacional de mercadorias.

Finalmente, uma visão sistêmica do conjunto de Convenções e Protocolos aqui examinados é possível e há coordenação suficiente para que o “pacote de soluções” tenha utilidade prática. A referência ao modelo do contrato de compra e venda internacional de mercadorias estabelece uma linha base de aplicação em todos os casos, confirmando a hipótese proposta inicialmente e expandindo, igualmente, a sua possibilidade de aplicação tanto em âmbito regional como multilateral. Não obstante, como já referido anteriormente, o escopo deste estudo é justamente oferecer soluções eficazes, harmonizadas, aplicáveis à compra e venda internacional de mercadorias, com o olhar posto no âmbito global, pelo fato de que a ratificação das convenções multilaterais, sobretudo aquelas gestadas no âmbito das Nações Unidas e da Conferência d’A Haia de Direito Internacional Privado, permite que mais Estados se integrem através das soluções uniformes e dos efeitos unificadores de tais tratados, destinados a brindar efetividade às decisões iusprivatistas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise de distintas fontes de âmbito global e regional, promovida para a construção deste texto, é possível, neste momento, arriscar algumas possíveis soluções para brindar maior efetividade à determinação da jurisdição internacional em termos de solução de controvérsias e à circulação de decisões ju-

diciais ou arbitrais estrangeiras proferidas em matéria de compra e venda internacional de mercadorias, as quais, como verificado, não implicam na necessidade de criação de um tratado multilateral ou regional específico para regular a matéria, já que as convenções aprovadas no âmbito das Nações Unidas e da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado, antes analisadas, e os protocolos adotados no âmbito do MERCOSUL, abarcam praticamente sem restrições as relações jurídicas derivadas das negociações comerciais internacionais, nas quais as partes contratantes se encontram em igualdade de posições.

Embora tenha ficado comprovado que à compra e venda internacional de mercadorias possam ser aplicados as convenções e protocolos em estudo, tanto do âmbito global quanto regional, o escopo deste capítulo é não só contrastar a hipótese, que mereceu ampliação, como já referido, mas sim deixar em evidência a necessidade de ratificação dos textos multilaterais, na medida em que brindam soluções uniformes com potencial de atingir o maior número possível de Estados, já que não são tratados fechados, como os regionais. Com isso, não basta o MERCOSUL oferecer soluções aplicáveis à compra e venda internacional, quando no âmbito macro, vários dos tratados multilaterais não foram ratificados pela maioria dos Estados Partes do bloco. Isso demonstra uma enorme fragilidade jurídica que traz reflexos na prática, dado que o volume de negócios internacionais da região integrada não se cinge aos quatro Estados Partes, senão, muito pelo contrário, abarca parceiros comerciais como os Estados Unidos, a China, a Europa, a Indonésia, etc. sendo, portanto, imprescindível a harmonização de legislações no âmbito global ou, em outras palavras, a aplicação do “pacote de soluções” ora proposto que, gize-se, parte de convenções já aprovadas no âmbito multilateral.

Portanto, as convenções multilaterais que contemplam soluções em matéria de jurisdição internacional e cooperação jurídica para fins de reconhecimento e execução de sentenças judiciais e arbitrais estrangeiras, aprovadas no âmbito das Nações Unidas e da Conferência d'A Haia de Direito Internacional Privado, compõem o que se pode chamar de sistema multilateral de solução de controvérsias, o qual está apto para servir de estrutura geradora de eficácia para o Direito Internacional Privado, em especial para os casos envolvendo o comércio internacional sedimentado pelos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS: UN BINOMIO NECESSARIO

MARÍA MERCEDES ALBORNOZ¹

INEZ LOPES CARNEIRO²

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho internacional privado actual es posible apreciar que en muchas ocasiones el acceso transnacional a la justicia resulta facilitado por la utilización de herramientas tecnológicas³. El ahorro de tiempo y de dinero que estas últimas permiten, es sin lugar a dudas valioso para las personas justiciables, así como para las autoridades competentes encargadas de resolver controversias vinculadas con diversos sistemas jurídicos. Por tanto, es innegable la existencia de una relación fructífera entre acceso transnacional a la justicia y tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

Ahora bien, el hecho de que haya un vínculo entre ellos no los despoja de su propia identidad. En efecto, por un lado, el derecho de acceder a la justicia les asiste a las personas independientemente de si se emplean o no recursos tecnológicos en el proceso y, por otro lado, la solución de diferendos internacionales entre particulares es solamente una de las múltiples áreas de aplicación de las TIC. Sin embargo, dado que en la realidad actual el uso de las nuevas tecnologías es crucial para fortalecer la calidad del acceso transnacional a la justicia, consideramos que “acceso transnacional a la justicia” y “nuevas tecnologías” conforman un binomio necesario.

1 Profesora Investigadora Titular de la División de Estudios Jurídicos del CIDE (Centro de Investigación y Docencia Económicas) e Investigadora Nacional Nivel III del Sistema Nacional de Investigadores (México). Doctora en Derecho, Université de Paris II, Panthéon-Assas (Francia) y DEA en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional de la misma universidad. Abogada, Universidad Nacional del Litoral (Argentina). Asesora Externa *Ad-Honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México en materia de Derecho Internacional Privado. Miembro de la Red Procesal Civil Internacional (REDE-PCI). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

2 Profesora Asociada de la Facultad de la Universidad de Brasilia (UnB). Profesora de Derecho Internacional Público y Privado a nivel de pregrado y posgrado. Doctora y Máster en Derecho Internacional por la Universidad de São Paulo (USP). Máster en Globalización y Políticas Laborales por la Universität Kassel/ FHW Berlin. Coordinadora del Grupo de Estudio sobre Derecho Internacional Privado, Comercio Internacional y Derechos Humanos (CNPq) y del Subgrupo sobre Justicia Transnacional, GDIP-Transjus. Coordinadora de la Red Procesal Civil Internacional (REDE-PCI). Miembra del Observatorio Internacional de Migraciones (OBMigra). Miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

3 Sobre la influencia de la tecnología en el derecho internacional privado, véase SCOTTI, Luciana B., “Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata*, año 17, n° 50/ 2020, pp. 409-441, <https://doi.org/10.24215/25916386e051>.

En la primera parte de este capítulo presentamos argumentos que, a nuestro entender, justifican la importancia del empleo de las TIC como medio para mejorar la calidad del acceso transnacional a la justicia. Posteriormente, en la segunda parte, identificamos algunos desafíos a enfrentar para maximizar la contribución de las TIC al logro de un acceso transnacional a la justicia que sea efectivo. Todo ello nos permitirá reflexionar, así como proponer algunas líneas de acción para que sean atendidas en el futuro cercano.

2. LA IMPORTANCIA DE LAS TIC PARA MEJORAR EL ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA

Sostenemos que “acceso transnacional a la justicia” y “nuevas tecnologías” son dos conceptos que, en pleno siglo XXI, deben ir de la mano en la práctica cotidiana de la solución de controversias privadas vinculadas con más de un sistema normativo. En este sentido, los consideramos un binomio necesario y ello se debe a varias razones que están interrelacionadas. Entendemos que todas ellas son igualmente relevantes. En primer lugar, encontramos una conciencia creciente acerca de los beneficios de las TIC en materia de acceso transnacional a la justicia. En segundo lugar, identificamos una tendencia a la digitalización de la justicia en general. En tercer lugar, asistimos al surgimiento de algunas nuevas fuentes normativas que prevén el uso de las TIC en la resolución de litigios transfronterizos, contribuyendo, a través de la implementación de las nuevas tecnologías, a la ampliación del acceso transnacional a la justicia.

2.1. CONCIENCIA ACERCA DE LOS BENEFICIOS DE LAS TIC EN MATERIA DE ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA

La calidad del acceso transnacional a la justicia puede mejorar gracias al empleo de diferentes recursos tecnológicos en los procedimientos dirigidos a solucionar controversias transfronterizas. Esto sucede tanto en el amplio espectro de la cooperación jurídica internacional entre autoridades judiciales y/o administrativas de diferentes países⁴, como en el ámbito más limitado de plataformas que permiten resolver controversias en un entorno virtual⁵.

A medida que las TIC se han ido incorporando a la vida cotidiana de las personas, con una penetración especialmente alta desde comienzos del siglo XXI,

4 ALBORNOZ, María Mercedes y PAREDES, Sebastián, “No Turning Back: Information and Communication Technologies in International Cooperation Between Authorities”, *Journal of Private International Law*, vol. 17, n° 2, 2021, pp. 224-254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>.

5 ALBORNOZ, María Mercedes, “Online Dispute Resolution (ODR) para el comercio electrónico en clave brasileña”, *Direito. UnB, Revista de Direito da Universidade de Brasília*, vol. 3, n° 1, 2019, pp. 25-51, <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/28192>.

sus ventajas han venido gozando de una divulgación cada vez mayor. Dado que la expansión de las TIC también ha alcanzado la actividad jurisdiccional e incluso los mecanismos alternativos de solución de controversias, tiene lugar una creciente toma de conciencia de los beneficios que el uso de recursos tecnológicos aporta para el acceso a la justicia. Tales beneficios, puestos en evidencia de manera palmaria en el contexto de la reciente pandemia de COVID-19⁶, a su vez, se potencian cuando a dicho acceso a la justicia se le añade la nota de transnacionalidad.

El principal aporte de las TIC como facilitadoras del acceso transnacional a la justicia consiste en reducir drásticamente la relevancia de la distancia geográfica, con el consiguiente ahorro de tiempo y de dinero. En efecto, las herramientas tecnológicas disponibles en la actualidad permiten que quienes se encuentran en distintos países se comuniquen entre sí en un entorno digital de manera instantánea o, cuando menos, muy veloz. De este modo, la posibilidad de que se entablen comunicaciones sincrónicas en el marco de los procesos dirigidos a resolver conflictos jurídicos, sumada a la aceleración de las comunicaciones asincrónicas, reduce notoriamente la extensión temporal de los procedimientos. Adicionalmente, en el ámbito de los mecanismos alternativos de solución de diferencias en línea, un ecosistema digital con un diseño apropiado puede incentivar a las partes a acercar sus posiciones a fin de llegar a un acuerdo. El potencial promotor del empleo de herramientas tecnológicas en los procesos internacionales se extiende a las comunicaciones entre todas las personas y autoridades relacionadas con un determinado proceso, destacándose su carácter clave para el intercambio de información entre Autoridades Centrales, autoridades judiciales y/o administrativas, así como con o en el seno de entidades de carácter privado que ofrecen mecanismos adecuados para resolver controversias.

Por su parte, la reducción de gastos es una consecuencia significativa de la compresión temporal. Los costos de obtener una solución a la controversia pueden, en efecto, ser menores cuanto menos tiempo dure el proceso. Pero, además, el desahogo de diligencias en línea elimina de raíz los gastos vinculados con el desplazamiento de profesionales del derecho, de las partes, de testigos, peritos, que de otro modo estarían asociados a la realización de tales actos procesales en forma presencial. Otro rubro en el cual las TIC contribuyen al acceso a la justicia mediante la eliminación o una drástica reducción de costos es el de la traducción de un idioma a otro. Los sistemas de Inteligencia Artificial (IA), combinados con Machine Learning, proveen traducciones cada vez más precisas en tan solo unos instantes o, inclusive, de manera simultánea.

6 Para un abordaje integral de los conflictos jurídicos planteados por la pandemia de COVID-19, véase GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (ed.), *COVID-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia, Marcos normativos*, 5 volúmenes, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.

Todos estos beneficios que las TIC aportan cobran especial relevancia en el ámbito transnacional. Así, el fortalecimiento de la calidad del acceso a la justicia que el uso de herramientas tecnológicas trae consigo resulta todavía más evidente que en casos domésticos, cuando las partes se ven envueltas en un conflicto jurídico vinculado con más de un sistema normativo. Consideramos que se está tomando conciencia de esto, no solamente en la comunidad jurídica, sino también más allá de ese círculo, en otros sectores de nuestra sociedad.

2.2. TENDENCIA A LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

En la época actual, el mundo asiste a una tendencia a la digitalización de la justicia, que fue acelerada por la pandemia de COVID-19. Si bien con anterioridad a la pandemia ya era factible identificar una gradual incorporación de herramientas tecnológicas para contribuir de distintas maneras a la solución de conflictos jurídicos –con la lógica disparidad entre países con un mayor o un menor grado de acceso a las TIC– como resultado de las restricciones a la movilidad de las personas que muchos gobiernos impusieron como parte de su estrategia para procurar detener la propagación del virus SARS-CoV-2, la manera de garantizar la continuación de los procesos en curso fue, en muchos casos, trasladarlos del mundo físico al mundo virtual. Por ende, se generó una fuerte expansión de la ciberjusticia y este fenómeno tuvo lugar no solamente en los países más desarrollados en el plano tecnológico, sino también en otros donde los recursos de este tipo son bastante más limitados, como los países latinoamericanos.

Asimismo, corresponde señalar que la tendencia a la digitalización de la justicia es global, pues comprende casos nacionales de distintas jurisdicciones estatales, pero también casos domésticos y transfronterizos dentro de sistemas de integración regional (Unión Europea) y casos transfronterizos que se presentan fuera de ellos. A continuación, veremos algunos ejemplos de digitalización en Brasil, en México, y del uso de sistemas de IA en varios países de América Latina.

2.2.1. Digitalización de la justicia en Brasil

Para cuando llegó la pandemia a finales de 2019, Brasil ya había logrado avances significativos en la incorporación de las TIC a la administración de justicia. En Brasil, la Ley n° 11.419, del 19 de diciembre de 2006, fue la primera ley que reguló la informatización del proceso judicial, admitiendo el uso de medios electrónicos en su tramitación, así como en la comunicación de actos y en la transmisión de documentos procesales⁷. Desde entonces se implementa

7 LOPES, Inez. *Direito Internacional Privado e Tecnologias da Informação: Facilitando a Cooperação Jurídica Internacional*. In: 5º Congresso de Direito na Lusofonia, 2018, Braga. Direito e Novas Tecnologias. Braga: Editora Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018. pp. 145-154.

allí gradualmente un sistema electrónico de expedientes judiciales. Además, el Código de Proceso Civil de 2015 (CPC) contiene varias disposiciones acerca de los procesos que obran en autos electrónicos (artículo 209, § 1º; artículo 246, § 1º; artículo 460, § 3º, entre otros) y un apartado específico sobre la práctica electrónica de actos procesales (Sección II del Capítulo I, “De la forma de los actos procesales”, ubicado dentro del Título I, “De la forma, tiempo y lugar de los actos procesales”, del Libro IV, “De los actos procesales”, artículos 193 a 199).

Cabe destacar que la normativa brasileña reconoce que los actos procesales pueden ser total, pero también parcialmente digitales (artículo 193, CPC) y que, si bien “Las unidades del Poder Judicial deberán mantener gratuitamente, a disposición de los interesados, equipos necesarios para la práctica de actos procesales y para la consulta y el acceso al sistema y a los documentos que constan en él”. donde no se cuente con tales equipos, se admitirá la práctica de actos procesales por medios no electrónicos (artículo 198, CPC). Podemos apreciar que se impulsa la digitalización de la justicia, sin por ello dejar de reconocer que todavía hay en el país áreas de oportunidad en cuanto a la disponibilidad de los equipos y la infraestructura necesarios para conectarse a la red mundial de computadoras.

2.2.2. Digitalización de la justicia en México

La situación en México al momento de la irrupción de la pandemia de COVID-19 era muy heterogénea. Había digitalización, incluso muy avanzada, en algunas jurisdicciones (por ejemplo, el estado de Nuevo León, o el Poder Judicial de la Federación); pero no en otras (estados de Durango y Guerrero, entre otros), lo que mostraba un panorama de marcada desigualdad. Tal como lo indican Pantin y Escamilla:

“En aquel momento, sólo unos pocos poderes judiciales pudieron reanudar sus servicios de manera remota –generalmente aquéllos cuyo avance tecnológico era notable desde antes de la pandemia–. La mayoría no estaba preparada para ello, pero de todas formas la crisis sanitaria los colocó frente a una disyuntiva: o daban un paso decisivo hacia la digitalización o se quedaban paralizados.”⁸

Semejante disyuntiva resultó en un fuerte estímulo a la incorporación de las TIC en la administración de justicia. El escenario de crisis derivó, por tanto, en una aceleración de la digitalización de los procesos judiciales en el país. Son ilustrativos de este fenómeno los datos reunidos por México Evalúa, según los cuales, mientras en marzo de 2020 sólo 13 poderes judiciales locales contaban con expediente electrónico, en abril de 2021 ya eran 23, y 1 que estaba desarrollando la herramienta⁹.

8 PANTIN, Laurence y ESCAMILLA, Sandra, “El largo camino de la justicia digital en México”, *El Sol de México, México Evalúa*, 3 de febrero de 2022, <https://www.mexicoevalua.org/el-largo-camino-de-la-justicia-digital-en-mexico/>.

9 PANTIN, Laurence y ESCAMILLA, Sandra, “Digital justice in Mexico: the balance of one year after the start of the pandemic”,

Por otra parte, un paso trascendental para apuntalar la tendencia a la digitalización se dio con la reciente aprobación de un nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares¹⁰ (CNPCF), que unifica la regulación adjetiva en todo México. Aunque su implementación será gradual y llevará varios años, hay que reconocer el avance que significa el hecho de que el CNPCF dedique un libro completo (el Libro Octavo) a la justicia digital.

2.2.3. Sistemas de Inteligencia Artificial

Por otro lado, en algunos países de nuestra región ya ha tenido lugar la incorporación de sistemas de IA para asistir en la administración de justicia. Nótese que no se trata de sustituir la labor de seres humanos, sino de brindarles asistencia, de modo que se logre facilitar su tarea. En este sentido, merece ser destacado el sistema *Prometea*, que desde agosto de 2017 es utilizado por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en Argentina¹¹.

Adicionalmente, en un esfuerzo innovador de colaboración internacional multisectorial entre la justicia (Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de Colombia), la academia (Universidad del Rosario, de Colombia, y Universidad de Buenos Aires, de Argentina), la industria (Cámara de Comercio de Bogotá, entre otras organizaciones industriales colombianas) y el sector privado (Bancolombia, Corferias, Ecopetrol, entre otras), se trabajó para generar *Pretoria*¹². *Pretoria* es un sistema de IA, inspirado en *Prometea*, que la Corte Constitucional de Colombia emplea desde 2020 para apoyar la selección de tutelas.

En Brasil también se utilizan herramientas de IA. En el Supremo Tribunal Federal (STF) se emplean varias, tales como *Vitória*, *Victor*, *Rafa*, y en Superior Tribunal de Justicia (STJ), *Sócrates*, *Athos* y *Iuris*.

En el STF, *Vitória* es la herramienta de IA más reciente. Se trata de una plataforma cuyo objetivo es aumentar el conocimiento sobre el perfil de los casos recibidos en el STF y permitir el tratamiento conjunto de temas repetidos o

Animal Político, México Evalúa, 12 de enero de 2023, <https://www.mexicoevalua.org/digital-justice-in-mexico-the-balance-one-year-after-the-start-of-the-pandemic/>.

10 MÉXICO. DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 7 de junio de 2023, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691385&fecha=07/06/2023#gsc.tab=0.

11 MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, "Innovación e Inteligencia Artificial", <https://mpfciudad.gob.ar/institucional/2020-03-09-21-42-38-innovacion-e-inteligencia-artificial>.

12 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, "PRETORIA, un ejemplo de incorporación de tecnologías de punta en el sector justicia", Boletín N° 128, Bogotá, 27 de julio de 2020, <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA-un-ejemplo-de-incorporaci%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-punta-en-el-sector-justicia-8970>.

similares¹³. Además, el sistema *Victor*¹⁴, que opera desde 2017, utiliza IA para el análisis de temas de repercusión general en la selección de apelaciones recibidas de todo el país. En caso de que una decisión se enmarque en un tema de repercusión general, se devuelve el proceso a la instancia original para su apreciación¹⁵. A su vez, la herramienta *Redes Artificiales Enfocadas en la Agenda 2030*, “*Rafa 2030*” es un sistema de IA que fue lanzado en 2022 para apoyar la clasificación de sentencias o peticiones iniciales en procesos del STF en la Corte, en función de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas), a través de comparación semántica¹⁶.

El STJ cuenta con tres sistemas de IA desde 2019. El primero, *Sócrates*, es una herramienta que tiene como objetivo identificar las controversias jurídicas del recurso extraordinario, con el fin de señalar automáticamente, entre otros datos, el “permiso” constitucional invocado para la interposición del recurso¹⁷ y las disposiciones cuestionadas. El segundo es el sistema *Athos*, que sirve para localizar recursos reiterativos y juzgarlos en conjunto, además de monitorear entre los órganos del STJ procesos con criterios convergentes o divergentes. Finalmente, el sistema *e-Juris* es utilizado por la Secretaría de Jurisprudencia del STJ para extraer referencias legislativas y jurisprudenciales de las sentencias, así como identificar las sentencias principales y las sucesivas sobre un mismo tema jurídico¹⁸.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación acaba de lanzar -en junio de 2023– *Julia*¹⁹, una nueva plataforma de búsqueda de tesis y ejecutorias, que funciona con asistencia de IA. *Julia* permite hacer búsquedas semánticas, extracción de temas, clasificación de documentos y reconocimiento de entidades. Se trata de un proyecto piloto que, en su primera etapa, tiene el propósito de “publicar los avances tecnológicos que se han logrado en la integración de modelos de e-Justicia e IA, así como en la subrama de Procesamiento de Lenguaje Natural”²⁰.

13 BRASIL. STF. **Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral:** Ferramenta de inteligência artificial, parceria do STF com a UnB, conclui três etapas, faltando apenas mais uma para ser definitivamente implantada, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>.

14 El nombre del proyecto se eligió en homenaje a Víctor Nunes Leal, Ministro del STF de 1960 a 1969, quien fue el principal responsable de sistematizar la jurisprudencia del STF en resúmenes, lo que facilitó la aplicación de los precedentes judiciales.

15 BRASIL. STF. **STF finaliza testes de nova ferramenta de Inteligência Artificial:** Robô VitorIA deverá ser lançado em breve pela presidente Rosa Weber, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507120&ori=1>.

16 BRASIL. STF. **Inteligência artificial ajuda STF a acelerar classificação de processos:** A ferramenta RAFA 2030 classifica os processos de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505767&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/>.

17 Artículo 105, III, de la Constitución Federal de Brasil.

18 BRASIL. STJ. **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**, <https://www.stj.jus.br/sites/portaip/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>.

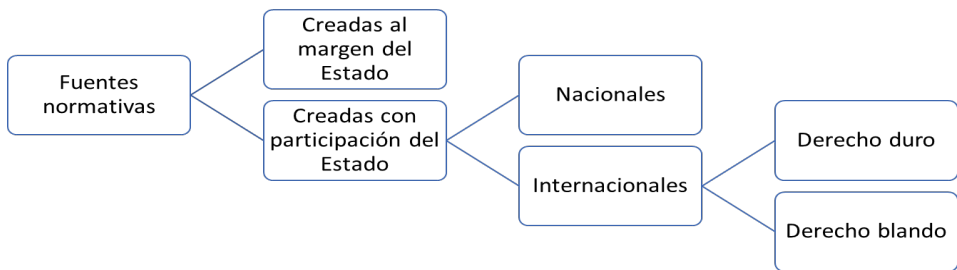
19 <https://julia.scjn.gob.mx/>.

20 Idem.

2.3. SURGIMIENTO DE NUEVAS FUENTES NORMATIVAS QUE PREVÉN EL USO DE TIC EN LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS

En lo que va del siglo XXI, y especialmente en los diez últimos años, han surgido nuevas fuentes normativas que de manera expresa contemplan el uso de las TIC en la resolución de controversias que tienen carácter transfronterizo. En este apartado ofrecemos una clasificación de tales instrumentos y haremos una breve presentación de algunos de ellos que consideramos relevantes para los países de América Latina²¹.

Para efectos de clasificar las fuentes normativas de creación relativamente reciente haremos una primera distinción en función de si fueron elaboradas al margen del Estado, o si éste ha participado en su elaboración. En segundo lugar, entre aquellas que fueron redactadas con intervención estatal, diferenciaremos las nacionales de las internacionales. Finalmente, entre estas últimas, las de derecho duro (*hard law*) y las de derecho blando (*soft law*). Una representación gráfica de la clasificación propuesta puede verse en el siguiente esquema:



2.3.1. Fuentes creadas al margen del Estado

Entre las fuentes normativas creadas al margen del Estado, es preciso mencionar los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), aprobados por la Asamblea de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado en Buenos Aires, el 12 de noviembre de 2016²². Se trata de un instrumento de derecho blando que fue elaborado por una organización regional de corte académico netamente, en la cual no participan autoridades estatales.

El artículo 4.7 de los Principios TRANSJUS resulta clave a fin de aprovechar al máximo el potencial de las TIC para ampliar el acceso transnacional a la justicia. Establece:

21 Para un estudio más completo del tema, véase ALBORNOZ, María Mercedes y PAREDES, Sebastián, “No Turning Back: Information and Communication Technologies in International Cooperation Between Authorities”, *Journal of Private International Law*, vol. 17, n. 2, 2021, pp. 224-254, <https://doi.org/10.1080/17441048.2021.1950332>.

22 <http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>.

“Siempre que se garantice la seguridad de las comunicaciones, los jueces y demás operadores de justicia procurarán y favorecerán el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación, tales como comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada.”

También es interesante indicar que el artículo 5.1 de los Principios TRANSJUS remite al referido artículo 4.7. para los casos en los que no sea posible lograr el emplazamiento, la citación o la notificación inicial de la parte demandada en forma personal. En efecto, en tales supuestos la parte demandante “puede procurar que se lleve a cabo a través de los medios tecnológicos disponibles, en los términos del artículo 4.7 de estos Principios”.

2.3.2. Fuentes creadas con la participación del Estado

2.3.2.1. Nacionales: el caso de México

Con respecto a las fuentes creadas con participación del Estado, las fuentes nacionales en esta materia son normas autónomas de derecho internacional privado que regulan la cooperación internacional entre autoridades. Tomaremos como caso ilustrativo el de México, cuyo nuevo CNPCF contiene algunas disposiciones interesantes sobre el uso de las TIC en el ámbito de la cooperación procesal internacional. Éstas se encuentran reunidas en la Sección Quinta, “De la Utilización de Videoconferencias en Procesos Internacionales”, dentro del Capítulo II, “De la Cooperación Procesal Internacional”, del Libro Décimo, “De los Procesos de Carácter Internacional”.

Aunque el título de la Sección Quinta alude a las videoconferencias, en realidad su espectro es más amplio, dado que el artículo 1169 del CNPCF permite el empleo de medios electrónicos de comunicación oficiales en la cooperación internacional entre requirente y requerido, además de la utilización de videoconferencias para la ejecución de actos procesales. Los artículos 1170 y 1171 indican cómo solicitar el empleo de videoconferencia cuando ésta sea técnicamente realizable y el artículo 1172, cómo se desarrollará la videoconferencia. Si bien es necesario que participen en ella la autoridad requirente y la autoridad requerida, quien realmente conduce la diligencia y efectúa el examen del testigo o perito que se encuentra en el Estado requerido, es la autoridad requirente. La autoridad requerida tan solo identificará al testigo o perito que será interrogado y podrá objetar preguntas formuladas por la autoridad requirente o por los abogados ante ésta reconocidos, cuando dichas preguntas no sean admisibles según el derecho mexicano.

2.3.2.2. Internacionales

El Estado también participa en la elaboración de normas internacionales, que pueden ser de derecho duro o blando.

2.3.2.2.1. De derecho duro: el Tratado de Medellín

Entre las fuentes recientes de derecho duro relevantes para los países latinoamericanos sobresale el Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, firmado el 25 de julio de 2019 en la ciudad colombiana de Medellín (Tratado de Medellín)²³, en el marco de las actividades de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). El Tratado de Medellín, que entró en vigor el 9 de mayo de 2022, cuenta con cinco Estados Parte: Andorra, Cuba, España, Paraguay y Uruguay. Otros Estados cuya ratificación todavía se encuentra pendiente²⁴ son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, y Portugal. Asimismo, Colombia ya lo ratificó en el Congreso pero aún no ha depositado el instrumento de ratificación. Asimismo, llama la atención que la República de Kazajistán comunicó formalmente su intención de adherirse²⁵; pero el Tratado de Medellín permite la adhesión de un Estado no miembro de la COMJIB, que sólo producirá efectos con respecto a los Estados Parte que no hayan formulado una objeción al respecto.

El Tratado de Medellín instaura la plataforma electrónica *Iber@* como un medio para la transmisión segura de información entre Autoridades Centrales cuando se contactan entre sí en casos de cooperación jurídica internacional. Al estimular el uso de la tecnología para canalizar las comunicaciones en controversias internacionales de tipo civil, comercial, laboral, administrativo o penal, este tratado contribuye a mejorar el acceso transnacional a la justicia.

Asimismo, corresponde señalar que desde la COMJIB se está trabajando actualmente en la elaboración de un Convenio Iberoamericano para el acceso a la justicia²⁶. Esperamos que la labor llegue a buen puerto, en pos de la ampliación del acceso a la justicia en los países de Iberoamérica.

2.3.2.2.2. De derecho blando: instrumentos de la Conferencia de La Haya

El Estado también participa internacionalmente, a través de organismos o foros intergubernamentales, en la elaboración de instrumentos de derecho blando o *soft law*. El *soft law* como técnica de codificación ha sido empleado, por ejemplo, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (la

23 https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado_Medellin_ES.pdf.

24 Al mes de junio de 2023, según el sitio de Internet de la COMJIB, <https://comjib.org/>.

25 COMJIB, “Tratado de Medellín: un avance desde Iberoamérica para el mundo”, <https://comjib.org/tratado-de-medellin-un-avance-desde-iberoamerica-para-el-mundo/>.

26 COMJIB, “Avanzan los trabajos del Convenio Iberoamericano para el Acceso a la Justicia”, <https://comjib.org/avanzan-los-trabajos-del-convenio-iberoamericano-para-el-acceso-a-la-justicia/>.

Conferencia) para crear instrumentos que refuerzan una interpretación favorable al uso de las TIC, de convenios internacionales previos al auge de Internet. Así, en diversos instrumentos blandos desarrollados en la última década en el seno de la Conferencia se reconoce el correo electrónico como equivalente funcional de canales postales.

Igualmente, uno de los instrumentos de *soft law* recientes de la Conferencia que vale la pena destacar es la Guía de Buenas Prácticas sobre el uso de enlaces de vídeo en virtud del Convenio de obtención de pruebas, de 2019²⁷. Esta guía no deja lugar a dudas en cuanto a que el Convenio del 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial permite el empleo de las TIC en su aplicación –en particular, el uso de videoconferencias–²⁸. La guía alcanza un alto grado de detalle, lo que resulta útil para sus destinatarios, encargados de implementar la cooperación internacional en materia probatoria.

3. DESAFÍOS PARA POTENCIAR LA CONTRIBUCIÓN DE LAS TIC AL ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA

“Acceso transnacional a la justicia” y “nuevas tecnologías” constituyen un binomio necesario para fortalecer la calidad de la resolución de conflictos, incluyendo medios alternativos digitales, además de facilitar la cooperación jurídica internacional. La adopción de instrumentos jurídicos internacionales que reconocen y promueven el uso de las tecnologías mejora sustancialmente el acceso transnacional a la justicia. Sin embargo, existen ciertos desafíos cuando se busca potenciar la contribución de las TIC al acceso transnacional a la justicia, tales como la desconfianza en la tecnología, los riesgos en materia de ciberseguridad, la inadecuada infraestructura de telecomunicaciones, las dificultades para la expansión del uso de mecanismos alternativos de solución de controversias en línea y la escasa capacitación en el uso de las TIC.

3.1. DESCONFIANZA EN LA TECNOLOGÍA

El acceso a la justicia es un derecho fundamental consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, e igualmente contemplado en las constituciones de muchos países. La protección de este derecho fundamental incluye el acceso transnacional a la justicia en una sociedad globalizada y cada

27 <https://assets.hcch.net/docs/cc0f1c0b-d793-4d15-aeec-6a5cc705b40a.pdf>.

28 La Guía retoma y refuerza la interpretación según la cual el Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas “es considerado un instrumento apto para el uso de las videoconferencias”. Es más, su funcionamiento –al igual que el del Convenio de la Apostilla de 1961 y el de Notificaciones de 1965, “se vería optimizado sustancialmente mediante la aplicación de las nuevas tecnologías”. GOICOËCHEA, Ignacio, “Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, año 4, n° 7, 2016, p. 143, <https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/191/pdf>.

vez más tecnológica. El respeto y la protección de los derechos humanos presupone que sólo pueden ser garantizados a través de la disponibilidad de recursos judiciales eficaces, como bien resalta Francioni²⁹. La tarea de poner tales recursos a disposición de personas que no cuentan con medios para acceder a aquellos por sí mismas, incluye, por cierto, la utilización de la tecnología.

Se debería poder acceder a las tecnologías digitales en todos los países. En consecuencia, la falta de acceso igualitario para todos los países engendra cierta desconfianza en el uso de las TIC. De este modo, es importante que los Estados adopten políticas públicas internacionales tendientes a reducir la brecha digital y a crear tecnologías que estén disponibles para todos los países.

El principio de confianza mutua es esencial para el acceso transnacional a la justicia. La cooperación jurídica internacional entre los países exige un nivel de armonización mínima para garantizar la protección de los derechos fundamentales en la era digital. Considerando los diferentes niveles de regulación del uso de las TIC, el sistema de protección de datos personales, por ejemplo, puede generar un ambiente de desconfianza.

En algunos ámbitos, todavía existe desconfianza con respecto al uso de las TIC para el acceso transnacional a la justicia. La desconfianza en las tecnologías puede ser reducida con la adopción de instrumentos internacionales que armonicen el uso de las TIC, de modo que entre los Estados Parte se eviten los efectos no deseables. Puede mencionarse, a título ejemplificativo, la e-Apostilla del Convenio de La Haya Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de 1961. La era digital implica un cambio cultural para utilizar las TIC en las relaciones jurídicas transfronterizas.

3.2. RIESGOS EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD

La ciberseguridad es uno de los pilares para asegurar la confianza en el uso de las TIC en las relaciones privadas transnacionales en materia civil y comercial. El uso de las TIC para facilitar el acceso transnacional a la justicia requiere la creación de plataformas y otros espacios cibernéticos seguros y libres de potenciales ataques. Para eso es necesaria la cooperación internacional entre Estados, organismos internacionales y el sector privado, a fin de contar con un entorno cibernético que ofrezca seguridad, previsibilidad y confianza mutua.

En lo atinente al concepto de ciberseguridad, “no existe consenso sobre los alcances jurídicos, políticos y técnicos de su definición, ni sobre los mecanismos para su implementación, toda vez que varían de manera significativa entre los

29 FRANCIONI, Francesco (ed.). *Access to justice as a human right*. OUP Oxford, 2007.

países, a pesar de que el ciberespacio es intrínsecamente global³⁰. Por lo pronto, de acuerdo con la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la ciberseguridad se refiere a una gama de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, abordajes de gestión de riesgos, acciones, entrenamiento, mejores prácticas, garantía y tecnologías que pueden ser usadas para proteger el ambiente cibernético y la organización y los activos del usuario³¹. El objetivo consiste en mitigar los riesgos de eventuales ciberataques y vaciamiento de datos e información personal.

La seguridad es la piedra angular del ambiente cibernético, de manera que sea respetada y garantizada la privacidad de los usuarios, así como la seguridad en la transmisión de las informaciones y la forma en que éstas son almacenadas. De ahí la importancia de la adopción de técnicas de seguridad cibernética, ya que el ciberespacio tiene como características la ubicuidad de la información y la no vinculación a las fronteras de los Estados. Más allá de la gestión de los riesgos con el uso de herramientas apropiadas, se debe potenciar “la capacidad de los sectores público, privado y de la sociedad para mantenerse seguros de forma sostenida en el tiempo, para tomar decisiones inmediatas con información veraz y para recuperarse rápidamente de vulneraciones sufridas”³².

Es importante destacar que el ambiente cibernético incluye tanto el *software* utilizado para los servicios transfronterizos, como los datos que son transmitidos y almacenados en los dispositivos de *hardware*. La seguridad cibernética debe tomar en cuenta las formas de impedir eventuales ataques cibernéticos y de asegurar la protección de datos en esos dispositivos.

La seguridad cibernética procura proteger el ambiente cibernético, así como a las partes interesadas que pertenezcan a ciertas organizaciones, públicas y/o privadas. Se vuelve necesaria la colaboración entre los diversos actores relevantes, dado que, si no se logra “reforzar los mecanismos de cooperación internacional, la batalla contra los ciberataques estará perdida de antemano”³³.

La gestión del riesgo organizacional es importante para establecer medidas de prevención y remedios para enfrentar eventuales ataques cibernéticos. En la esfera transnacional, resulta crucial que haya diálogo y que se cuente con la infor-

30 MORENO, Jimena, ALBORNOZ, Mercedes y MAQUEO, María, “Ciberseguridad: estado de la cuestión en América Latina”, Revista de Administración Pública No. 148, Vol. LIV No. 1, p. 28.

31 ITU. Definition of cybersecurity, referring to ITU-T X. 1205, Overview of cybersecurity. Disponible em <https://www.itu.int/en/ITU-T/studygroups/com17/Pages/cybersecurity.aspx#:~:text=Cybersecurity%20is%20the%20collection%20of,and%20organization%20and%20user's%20assets>.

32 MORENO, Jimena, ALBORNOZ, Mercedes y MAQUEO, María, “Ciberseguridad: estado de la cuestión en América Latina”, Revista de Administración Pública No. 148, Vol. LIV No. 1, p. 29.

33 MORENO, Jimena, ALBORNOZ, Mercedes y MAQUEO, María, “Ciberseguridad: estado de la cuestión en América Latina”, Revista de Administración Pública No. 148, Vol. LIV No. 1, p. 38.

mación necesaria para prevenir y, en su caso, para atender eventuales incidentes cibernéticos.

3.3. INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES INADECUADA

A pesar de que el número de usuarios de Internet ha crecido en el mundo, la brecha digital entre los países permanece con relación a la capacidad de las personas para usarla de modo efectivo. Para que las TIC funcionen correctamente, el acceso a Internet debe estar disponible no sólo para las autoridades judiciales y/o administrativas, sino también para las partes litigantes y sus asesores letrados.

La brecha digital entre los países se manifiesta en diferentes niveles de alfabetización tecnológica. Algunas informaciones jurídicas en formato electrónico pueden ser comprendidas o interpretadas de manera diferente por distintas personas. Las innovaciones tecnológicas contribuyen a mejorar la prestación de servicios jurídicos. Sin embargo, el uso de las tecnologías no siempre garantiza un mejor acceso a la justicia si no hay seguridad cibernética. En efecto, la falta de una infraestructura tecnológica adecuada y los problemas de infraestructura básica pueden aumentar la brecha digital entre países y obstruir el acceso efectivo a la justicia a través del uso de las TIC.

Tanto el desarrollo de nuevas plataformas digitales como la mejora de los instrumentos electrónicos existentes demandan mayores fondos para fortalecer la cooperación jurídica internacional 4.0, es decir, para promover los servicios legales digitales transfronterizos. Es necesario pensar en esquemas de financiación que aseguren el acceso efectivo de las TIC.

3.3.1. *iSupport*

Algunos proyectos han avanzado para facilitar el acceso a la justicia en el plano transnacional. Tal es el caso del desarrollo del *software iSupport*, creado en 2016 en la Conferencia, con financiamiento de la Unión Europea y que todavía se encuentra en fase piloto. *iSupport* es un sistema electrónico de administración de casos y de comunicación segura entre autoridades de diversos Estados, para el cobro transfronterizo de la obligación de pagar alimentos, con fundamento en el Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y también con base en el Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Desde su creación, el *software* ha sido objeto de modificaciones para facilitar la implementación del programa en todos los Estados participantes, con el mismo grado de protección de datos. Actualmente, además de los dos idiomas

iniciales que eran el inglés y el francés, *iSupport* está disponible en portugués, español y alemán. El uso de este *software* reduce considerablemente el tiempo de respuesta entre las Autoridades Centrales correspondientes y también reduce o elimina los costos de traducción o de registros por correos³⁴. Sin embargo, los costos *iSupport* recaen mayoritariamente en la Unión Europea (79%)³⁵, lo que impone ciertos desafíos a otros países con un menor desarrollo tecnológico, pues no suelen contar con la infraestructura adecuada.

A pesar de los avances de *iSupport*, es preciso hacer algunas consideraciones adicionales. Con relación a la ley aplicable a la protección de datos, el documento *Security and Data Protection Report*³⁶ afirma que cada banco de datos de *iSupport* está localizado en el Estado que será responsable de garantizar la conformidad con la legislación nacional aplicable. Igualmente, el mismo documento indica que el derecho al olvido será concedido sin demora injustificada cuando los datos dejen de ser necesarios para las finalidades para las cuales fueron recolectados o de otro modo tratados, que debe estar equilibrado con el derecho a la libertad de expresión e información³⁷. El derecho al olvido establecido en el ámbito europeo encuentra límites en los ordenamientos jurídicos de otras jurisdicciones como, por ejemplo, en el derecho brasileño. En 2021, el STF de Brasil decidió que la previsión o aplicación del derecho al olvido constituye una afrenta a la libertad de expresión y “es incompatible con la Constitución”, pues el derecho al olvido significa “el poder de impedir, debido al paso del tiempo, la divulgación de hechos o datos verídicos y lícitamente obtenidos y publicados en medios de comunicación social analógicos o digitales”³⁸.

3.3.2. IberRed

IberRed reúne representantes de los Ministerios de Justicia, Ministerios Públicos y Fiscalías Generales y los Poderes Judiciales de los Estados que la componen, con la finalidad³⁹ de optimizar la cooperación jurídica internacional en las materias civil y penal, fortaleciendo los vínculos de colaboración entre los diferentes países. Asimismo, busca establecer un sistema de información sobre

34 HCCH. Prel. Doc. No 11 of February 2021. Report on iSupport, <https://assets.hcch.net/docs/20e91cc1-a7e0-4365-8457-d45117a3d086.pdf>.

35 HCCH. Prel. Doc. No 11 of February 2021. Report on iSupport, <https://assets.hcch.net/docs/20e91cc1-a7e0-4365-8457-d45117a3d086.pdf>, p. 3.

36 HCCH. iSupport. Security and Data Protection Report, <https://assets.hcch.net/docs/04fe9d46-6428-4668-a575-4744314d6155.pdf>.

37 HCCH. iSupport. Security and data protection report. <https://assets.hcch.net/docs/04fe9d46-6428-4668-a575-4744314d6155.pdf>, p. 14-15.

38 BRASIL. STF Recurso Extraordinário/RJ. Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/ 02/ 2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/ 05/ 2021, p. 4.

39 <https://iberred.notariado.org/presentacion>.

los respectivos sistemas jurídicos y pretende mejorar la implementación de los diversos instrumentos de cooperación vigentes.

El Tratado de Medellín crea el Sistema Iber@, una plataforma electrónica que ofrece garantías de máxima seguridad y confidencialidad para la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre Autoridades Centrales, reconociendo su validez jurídica como original y auténtica sin que sea necesario enviar documentos físicamente. La seguridad se sustenta en la estructura tecnológica requerida para el registro de todas las transmisiones que sean realizadas a través del Sistema Iber@, debiéndose, por un lado, certificar el emisor y el destinatario, además del día y la hora de cada transmisión y, por otro lado, emitir comprobantes de que la solicitud fue recibida (artículo 6° del Tratado de Medellín).

3.3.3. e-Apostilla

El Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, conocido como el Convenio de la Apostilla⁴⁰, tiene como objetivo suprimir la legalización y facilitar el uso de los documentos públicos en el extranjero.

El programa Piloto de Apostillas Electrónicas (e-APP), lanzado en 2006, es un modelo de *software* operativo, seguro y de bajo costo para la emisión y la utilización de apostillas electrónicas (e-Apostillas), así como el empleo de registros electrónicos de apostillas (e-registros). Actualmente, 44 Partes contratantes han implementado uno o ambos componentes del e-APP, número muy inferior al total de 125 Estados Parte⁴¹ del convenio referente a documentos públicos en forma física. Esto muestra que no todos los Estados cuentan con una infraestructura adecuada para ser incluidos en el programa e-APP.

3.4. DIFICULTADES PARA LA EXPANSIÓN DEL USO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA

Las TIC están transformando los modos de interacción social y de efectuar negocios, incluyendo las relaciones privadas transnacionales. Las transacciones transfronterizas en línea han aumentado cada vez más con el desarrollo de nuevas tecnologías, lo que potencia el surgimiento de litigios transnacionales y la búsqueda de soluciones efectivas.

40 <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=41>.

41 HCCH. Implementation Chart of the e-APP <https://assets.hcch.net/docs/b697a1f1-13be-47a0-ab7e-96fcb750ed29.pdf>.

Los mecanismos alternativos de solución de disputas en línea pueden contribuir a obtener una solución rápida, segura y flexible. Sin embargo, presentan desafíos relacionados con el uso de las TIC. Los medios adecuados de solución de conflictos son aquellos no sometidos al Poder Judicial. El uso de estos medios busca colaborar para soluciones más justas y adecuadas a una relación jurídica de manera más veloz. El arbitraje, la mediación y la conciliación son ejemplos de medios alternativos de solución de controversias. De acuerdo con el Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre *Online Dispute Resolution* (ODR), la resolución de disputas en línea es un mecanismo para resolver conflictos por medio del uso de comunicaciones electrónicas y otras tecnologías de la información y la comunicación. Es interesante apuntar que los mecanismos de ODR pueden ser implementados de manera diferente por diversos administradores del proceso y pueden evolucionar con el tiempo.

Con relación a los desafíos del uso de las TIC para la solución de disputas transnacionales es posible identificar ciertas dificultades, tales como la falta de conocimiento de los mecanismos digitales o plataformas de ODR existentes. La infraestructura también constituye un obstáculo con relación a los servicios de Internet de calidad, segura y rápida.

Como se ha visto, hay una tendencia creciente hacia la digitalización de la justicia en los Estados nacionales. Sin embargo, en cuanto a los aspectos regulatorios de la implementación de mecanismos de ODR, en el plano universal sólo se cuenta con las Notas Técnicas de la CNUDMI sobre ODR⁴², que es un instrumento de *soft law* y por lo tanto no es vinculante. Asimismo, pueden existir divergencias entre los Estados en cuanto a ciertos aspectos procesales y procedimentales al recurrir a mecanismos de ODR –incluyendo, por ejemplo, el pago de costas–.

3.5. ESCASA CAPACITACIÓN EN EL USO DE LAS TIC

El uso adecuado de las TIC para un efectivo acceso transnacional a la justicia también depende de la capacitación de todas las partes involucradas en situaciones jurídicas internacionales, quienes precisan conocer las herramientas disponibles. En este sentido, se requiere capacitación de las Autoridades Centrales, de la comunidad jurídica y de todas las personas que necesiten utilizar las TIC para la solución de controversias de naturaleza internacional. Todos ellos son actores importantes, pero cabe destacar el papel crucial que en la cooperación jurídica

42 UNCITRAL, UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution. United Nations: New York, 2017, p. 4, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf.

internacional desempeñan las Autoridades Centrales, por lo que el desarrollo de habilidades tecnológicas de sus funcionarios y personal de apoyo resulta fundamental.

Una dificultad que no se puede perder de vista consiste en que existen diferentes herramientas tecnológicas y diversas formas de usarlas. Si bien la proliferación de plataformas electrónicas puede contribuir a garantizar el acceso transnacional a la justicia, supone asimismo un reto de capacitación y actualización permanente de los conocimientos adquiridos y las habilidades desarrolladas con respecto a varias plataformas, dependiendo del asunto y del instrumento jurídico internacional que fundamente la solicitud de cooperación –por ejemplo, *Iber@*, *iSupport*, e-Apostilla y los tratados que les dan sustento–.

La capacitación de técnicos, especialistas, analistas, de la comunidad jurídica y de la población en general para utilizar las TIC en la cooperación internacional todavía es escasa. No obstante, es necesaria, a fin de que se pueda utilizar efectivamente una amplia variedad de recursos para la expedición de documentos jurídicos relevantes para un acceso transnacional a la justicia efectivo. Esto incluye, el manejo de diversos tipos de archivos electrónicos –por ejemplo, en formato pdf– y firmas electrónicas, entre otras herramientas tecnológicas.

4. REFLEXIONES FINALES Y LÍNEAS DE ACCIÓN PARA EL FUTURO

El uso de las nuevas tecnologías es crucial para fortalecer la calidad del acceso transnacional a la justicia. En consecuencia, el “acceso transnacional a la justicia” y las “nuevas tecnologías” conforman un binomio necesario para garantizar derechos transfronterizos con celeridad y efectividad. Como se ha visto, hay una creciente toma de conciencia acerca de los beneficios de las TIC en el ámbito del acceso transnacional a la justicia. También es evidente que existe una tendencia a la digitalización de la justicia. Asimismo, algunas fuentes normativas de reciente creación prevén el uso de las TIC para resolver controversias transfronterizas. De este modo, contribuyen a la ampliación del acceso transnacional a la justicia por medio de la utilización de las nuevas tecnologías. Una consecuencia de esta nueva realidad es la ampliación de la demanda y, por consiguiente, de la oferta de la prestación de servicios legales transfronterizos en un entorno digital.

Sin embargo, la relación entre las nuevas tecnologías y el acceso transnacional a la justicia no está libre de retos. En este sentido, se requiere abordar desafíos como la desconfianza en las herramientas tecnológicas que aún persiste en la sociedad, las amenazas a la ciberseguridad, la baja calidad e insuficiencia de la infraestructura de telecomunicaciones en muchos países, las situaciones que provocan una baja utilización de mecanismos de ODR y las áreas de oportunidad en materia de capacitación para el uso de las TIC.

A fin de fortalecer la relación entre las nuevas tecnologías digitales y el acceso transnacional a la justicia, proponemos tres líneas de acción iniciales para el futuro cercano:

- Impulsar la colaboración multiactor para reducir la brecha digital y las asimetrías de infraestructura entre países.
- Adoptar nuevos instrumentos internacionales en los diversos foros de codificación y, cuando se requiera, adecuar los instrumentos más antiguos para adaptarlos al empleo de las TIC.
- Crear plataformas electrónicas para el recurso a mecanismos de ODR en casos transfronterizos.

Actualmente vivimos inmersos en la sociedad internacional 4.0, donde existe una fuerte e irreversible tendencia hacia la digitalización de la justicia y del uso de sistemas de IA. Estos desarrollos tienen un amplio potencial para contribuir aún más al fortalecimiento del acceso transnacional a la justicia. Las herramientas tecnológicas aplicadas a la solución de controversias jurídicas transfronterizas inauguran una nueva etapa en la evolución del derecho internacional privado que proponemos denominar “derecho internacional privado 4.0”.

NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA: INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES¹

IVETTE S. ESIS VILLARROEL²

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN³

GUILLERMO PALAO MORENO⁴

1. NUEVAS TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA: ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En la actualidad, transitamos de una etapa en la que se ha tenido que vencer de la eficacia e idoneidad del uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), a otra etapa donde parece que el objetivo se torna hacia la consecución de apps, plataformas u otras herramientas informáticas impregnadas de modernidad, huyendo de la obsolescencia que el diario nos va dejando. Es decir, se deriva hacia la búsqueda de constantes avances tecnológicos en donde la Inteligencia Artificial (IA) entra en juego, con un papel tan importante como delicado, en un escenario digital plagado de retos como regulaciones apropiadas, manejo de emociones, sesgos y responsabilidad ética entre otros.

Cuando pensamos en el tema que nos convoca esta contribución, es inevitable, en lo personal, presentar un paralelismo, o al menos un balance idóneo/

-
- 1 El trabajo cuenta con un carácter unitario, aunque únicamente a efectos académicos, se atribuye el apartado I a Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, el apartado II a Guillermo PALAO MORENO y el apartado III a Ivette S. ESIS VILLARROEL, siendo el apartado IV de elaboración conjunta de los tres autores. Con respecto al apartado I referido, hacemos notar que una parte del mismo fue previamente publicada por su autora; ciertas adecuaciones fueron realizadas en la presente contribución. Véase GONZÁLEZ MARTÍN, N., "Algunos parámetros jurídicos y éticos en torno a la inteligencia artificial. Una visión humanista de la tecnología", en la obra *Temas selectos de derecho de las telecomunicaciones* (Coords. Díaz, Vanessa, Niebla Zetearain, Jesús Manuel y Serrano, Jaime (Coords.) Díaz, Vanessa, Niebla Zetearain, Jesús Manuel y Serrano, Jaime, México, INFOTEC, 2023).
 - 2 Ivette S. ESIS VILLARROEL, Profesora e Investigadora, Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae (Chile). Doctora en Derecho, Universidad de Valencia (España). E-mail: jesis@uft.cl / ivette.esis@gmail.com
 - 3 Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, Investigadora Titular C del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM). Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España). Postdoctora en Derecho - "New Technologies and Law" - en la Mediterranea International Centre for Human Rights Research (MICHR) de la Università Mediterranea di Reggio Calabria (Italia). E-mail: nuria.gonzalez68@gmail.com.
 - 4 Guillermo PALAO MORENO, Catedrático de Derecho Internacional privado, Universitat de València (España). Doctor en Derecho, Universitat de València (España). Miembro de los Proyectos I+ D: PID2021-1231700B-I00 ("Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género") y TED2021-129307A-I00 ("Hacia una transición digital centrada en la persona en la Unión Europea"). E-mail: Guillermo.palao@uv.es.

debido, entre: inteligencia cognitiva o intelectual (IC)⁵ e inteligencia emocional (IE)⁶; así como Inteligencia artificial (IA)⁷ e inteligencia humana o natural (IH)⁸. El desajuste en alguna de dichas “ecuaciones” provoca, y esto es sentido común, una inestabilidad tal que no permite el desarrollo correcto y eficiente del ser humano, quien es el último recipiente de las bondades que esperamos genere los avances tecnológicos⁹.

Desde la ciencia jurídica, lo expresado arriba se aterriza en planteamientos bajo las siguientes premisas: Las nuevas tecnologías están transformando el derecho y su práctica; La pandemia aceleró dicho proceso de transformación; El pensamiento académico jurídico, aun visualizando dicha transformación desde tiempo atrás, la plantea a largo plazo; y, además, No se aterriza en referencias concretas y se sigue dando pinceladas de “futurismo”, de “ciencia ficción”.

1.1. PUNTO DE PARTIDA Y DESAFÍOS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

En el campo jurídico, la automatización de datos, la búsqueda de legislación y jurisprudencia¹⁰, la educación legal y el uso de los algoritmos también delinean ese futuro prometedor al mediano o corto plazo anunciado. Aún con esta actitud positiva ante la IA, reconocemos los desafíos que la misma representa, y que una doctrina amplia concreta en los siguientes aspectos: a) Una regulación apegada a los derechos humanos¹¹, a través de principios de acceso a la justicia e inclusión –derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, igualdad ante la ley, libertad de expresión, entre otros-, transparencia, privacidad, protección

5 Hasta la fecha, dicha Inteligencia Cognitiva o Intelectual, aquella que abarca capacidades del ser humano como la memoria, la atención o la manera de comunicarnos, solo es medible a través del Coeficiente Intelectual (CI o IQ, por sus siglas en inglés).

6 Goleman define inteligencia emocional como: “la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos y los de los demás, de motivarnos y de manejar adecuadamente las relaciones”. Daniel Goleman, en su libro *inteligencia emocional*, expone que solamente del 10 al 20% del éxito de tu vida está reflejado en el coeficiente intelectual, lo demás a la forma como reaccionamos ante las emociones, por lo que el coincide, de una manera fundamental, con la Organización Mundial de la Salud en torno a las habilidades para la vida y su relación con el manejo de emociones. Goleman, Daniel, 2007, *Inteligencia Emocional*, USA, Zeta Bolsillo.

7 Independientemente de que con posterioridad demos una definición más completa, en este momento conviene definirla como un programa de computación diseñado para realizar determinadas operaciones que se consideran propias de la inteligencia humana, como el autoaprendizaje.

8 Al conceptualizar la inteligencia, natural, se expresa que “refleja una capacidad amplia y profunda para comprender el entorno y ser capaz de capturar el significado de las cosas y darles un sentido, o ingeniárselas, para en un momento dado, saber qué hacer”, SOSSA AZUELA, J. H., El papel de la inteligencia artificial en la Industria 4. 0”, en la obra *Inteligencia artificial y datos masivos en archivos digitales sonoros y audiovisuales* (Inteligencia artificial y datos masivos en archivos digitales sonoros y audiovisuales) (Coords. Rodríguez Reséndiz, Perla Oliva), México, IIBID-UNAM, 2021, p. 26.

9 SASTRE, G. y MORENO, M., *Resolución de conflictos y aprendizaje emocional. Una perspectiva de género*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 30.

10 El uso de la tecnología para crear un precedente lineal ya es una realidad; la capacidad para la construcción analógica de precedentes es el reto que nos queda pendiente, por el momento. En México, una de nuestras referencias más importante es Jorge Cerdio, desde su cátedra en el ITAM. Cerdio Herrán, J. A., “**Inteligencia artificial en la justicia digital**” [Webinar en Zoom. 29 de abril de 2021], México, IJ-UNAM, 2021 (accesible en: <https://www.juridicas.unam.mx/actividades-academicas/2547-webinar-internacional-justicia-digital-inteligencia-artificial-y-tecnologia-para-el-acceso-a-la-justicia>).

11 DEL POZO, C. M. y MARTÍN DEL CAMPO ALCOCER, A. V. (Coords.), *Resumen Ejecutivo de la Agenda Nacional Mexicana de Inteligencia Artificial*, México, IA2030Mx, 2020 (accesible en: https://36dc704c-0d61-4da0-87fa-917581cbce16.filesusr.com/ugd/7be025_87f9fe53960d4ed4b9ec29aa382e03e4.pdf).

de datos y responsabilidad ética y moral. No tanto plantear una sobre regulación sino normativizar en el momento correcto, previa estrategia –nacionales- de IA, con claridad y cuidado, antes de que nos absorba la realidad¹²; b) La alfabetización digital, trabajando en la sensibilización para verlas como una oportunidad y reduciendo la brecha digital (INEGI-IFT, 2019); c) Y siempre a través de un diálogo multidisciplinar¹³.

Tres grandes frentes que deben abordarse desde una visión humanista de la IA y siguiendo las pautas para la búsqueda de la integridad tecnológica que recae en los cuatro principios éticos tradicionales y el quinto, el último de ellos, vinculado a la IA¹⁴: a) Autonomía –*Autonomy*-, el derecho de toda persona a decidir por sí misma en todas las materias que la afecten de una u otra manera, con conocimiento de causa y sin coacción, así como el deber de cada uno de respetar la autonomía de los demás; en esencia, es la libre decisión y responsabilidad del ser humano, no del sistema; b) Beneficencia –*Beneficence*-, el derecho de toda persona de vivir de acuerdo con su propia concepción de vida y en el que, ligada a la concepción de autonomía, hay igualmente el deber de cada uno de buscar el bien de los otros, en función de lo que los otros buscan para sí; es decir, la promoción del bienestar del ser humano, asegurarse de no violar derechos humanos y en ese sentido evitar daños involuntarios c) Benevolencia –*Non-maleficence*-, como el deber de no hacer daño, es decir, querer hacer el bien, respetar la privacidad y proteger los datos, lo cual se consigue si se evita la manipulación; d) Justicia –*Justice*-, como deber de respeto de los principios anteriormente enunciados y así colaborar hacia una equitativa distribución de los beneficios y riesgos entre los miembros de una sociedad y en ese entendido, evitar prácticas de sesgo y discriminación individual o de grupo¹⁵; y e) el último y más novedoso principio de la Interpretabilidad –*Explicability*-, a través de un diseño y aporte transparente y entendible.

Las bases son claras, su implementación es urgente. Las herramientas están disponibles, no hay excusas sino un camino que recorrer con la consideración

12 “El auge de la inteligencia artificial (IA) ha traído consigo una avalancha de propuestas sobre cómo regularla. Empresas tecnológicas, como Google y organizaciones internacionales, como la Comisión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), han publicado planes o convocado comités para guiar la regulación de la IA. No obstante, esta prisa mundial por regular la IA no es una indicación de que la moralidad pueda reducirse a un conjunto de reglas, un tema de primer orden. HIDALGO, C. A. *et al.*, **How Humans Judge Machines**, Cambridge, MIT, 2021 (accesible en: https://static1.squarespace.com/static/5e6bac9e0eedae432b177355/t/5ff59f2618e35c2907f56c6d/1609932616219/HHJM-Hardcover2021_compressed.pdf).

13 Un enfoque multidisciplinario desde los distintos ámbitos de la academia, el gobierno, la sociedad civil, la industria que contribuyan, además, al desarrollo de políticas públicas y mecanismos de evaluación y medición que convergen en estrategias de IA.

14 FLORIDI, L. *et al.* **AI4People-An Ethical Framework for Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles and Recommendations**, en *Minds and Machines*, n. 28, 2018 (accesible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30930541/>).

15 MARTÍNEZ VILLASEÑOR, M. L., **Inteligencia artificial y defensa de los derechos humanos**. [Webinar 4. 6. 2020], México, IJ, UNAM (accesible en: <https://www.juridicas.unam.mx/videoteca/evento/2415-seminario-lidia-segunda-sesion-2020-la-inteligencia-artificial-como-herramienta-para-la-defensa-de-los-derechos-humanos#>). Véase, además, *Inteligencia y Visión Computacional de la Universidad Panamericana* (accesible en: <https://sites.google.com/up.edu.mx/invico/>).

única de avanzar correctamente en beneficio de la colectividad y con el ser humano al centro.

1.2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN LÍNEA

Cuando hablamos de tecnologías en el momento actual, debemos comenzar por la denominada Cuarta Revolución Industrial (CRI), Tecnología 4.0 ó Industria 4.0. Entre las tecnologías que abarca la CRI se incluyen: - *Big Data* o análisis masivos de datos; - inteligencia artificial; - robótica y – fabricación aditiva, es decir, tecnologías de impresión 3D¹⁶.

La (buena) conjunción de esta tecnología es lo que permitirá la convivencia, en el término más extenso de la expresión, y el beneficio responsable para el ser humano. Tecnologías que, como parte de la CRI, están insertas en diferentes etapas. Así, en una etapa inicial o intermedia, encontramos la IA cuando visualizamos los efectos negativos, o no deseados, y la necesidad de implementar marcos éticos y morales¹⁷ que buscan reducción de sesgos discriminatorios, buscan la transparencia y la explicabilidad de los algoritmos utilizados.

El uso conjunto de cada una de estas tecnologías produce cambios disruptivos con consecuencias exponenciales. Ante estos desarrollos, nuestras sociedades tienen que estar preparadas estratégicamente, bien para no hacer nada, asimilar o activar el fomento de la innovación. El reto regulatorio de la CRI es enorme y complejo tanto por la naturaleza del fenómeno como por la necesidad de desarrollar capacidades novedosas en diferentes sectores tales como el público, las empresas y la sociedad.

1.2.1. Marco teórico-conceptual

La IA se nutre de algoritmos y dichos algoritmos son “la descripción de una secuencia de pasos, finita e inequívoca, que permite obtener un resultado a partir de los elementos suministrados como entrada”¹⁸, generalmente a través de datos masivos, *Big Data*. Entre los elementos que caracterizan a la IA están: a) la capacidad para aprender, lo que se conoce como *Machine Learning*, es decir, aprendizaje automatizado, un sistema que puntúa la probabilidad de lo que estás

16 PISANTY BARUCH, A. y VELASCO SÁNCHEZ, E., **Cuarta revolución industrial: gobierno y buena gobernanza**, en *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital*, n. 2, 2021 (accesible en: <https://revistalatam.digital/article/210228/>).

17 El *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE) posee un inventario de bases éticas que incluyen budismo y confucianismo, extensa a la IA y a otros campos de la CRI.

18 FALQUE-PIERROTIN, I., “Préface », en la obra **Comment permettre à l’homme de garder la main?** Les jeux éthiques des algorithmes et de l’intelligence artificielle, Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la Loi pour une République numérique, Paris, CNIL, 2017 (accesible en: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf).

a punto de hacer¹⁹; b) la habilidad del manejo de incertidumbre ante la información derivada de bases de datos masivos, *Big Data*; así como (c) la formación de conceptos a partir de algoritmos, a través de un razonamiento lógico e intuitivo²⁰. En definitiva, un sistema informático que realiza tareas ligadas siempre con la inteligencia humana²¹.

En la actualidad, la IA tiene una amplia gama de aplicaciones para grandes cantidades de datos, desde la capacidad de aprendizaje, como la posibilidad de que los algoritmos puedan reconocer el lenguaje e incluso patrones escritos a mano, describir información visual y auditiva²². En este marco conceptual, en donde la tecnología presenta un alcance realmente amplio, se torna necesario presentar los diferentes tipos de IA²³ y en donde siguiendo a O'CARROLL²⁴, tenemos: a) Inteligencia artificial acotada (IAA), la más común o que prevalece en la actualidad, con un rango limitado de habilidades pero caracterizada por que lo encomendado lo realiza realmente bien; b) Inteligencia artificial general (IAG), asimilándose a las capacidades humanas y que aún está en vías de desarrollo. Su objetivo es pensar, comprender y actuar como un ser humano en una determinada situación, pero sin control humano. Lo que los científicos no han logrado aún, es una forma de hacer que las máquinas sean *conscientes*, mediante

-
- 19 Este aprendizaje automatizado es un concepto que fue introducido en la década de 1940 por Alan Turing y desarrollada a través de su *juego de imitación*, lo que definió un estándar operativo para la inteligencia, conocido como el “Test de Turing”, la base de la IA actual. RUSSELL, S. Y NORVIG, P., *Artificial Intelligence*, Londres, Pearson, 2010 (3ª ed.), pp. 16-17. El texto original: TURING, A. M., **Computing Machinery and Intelligence**, en *Mind*, Vol. 59, n. 236, octubre 1950, pp. 433-460, (accesible en: <http://www.jstor.org/stable/2251299>). Asimismo, para un conocimiento amplio de lo que se forjó en la Conferencia de Dartmouth de 1956, cuando John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester y Claude Shannon usaron, por primera vez, el término novedoso de Inteligencia Artificial, véase: MCCARTHY, J., MINSKY, M. L., ROCHESTER, N. Y SHANNON, C. E., **A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**, 31. 8. 1955 (accesible en: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>).
- 20 TERRONES RODRÍGUEZ, A. L., “Inteligencia artificial y ética de la responsabilidad”, en *Cuestiones de Filosofía*, 2018, Vol. 4, n. 22, p. 146 (accesible en: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/cuestiones_filosofia/article/view/8311/7123).
- 21 SHAHRIARI, K. y SHAHRIARI, M., “IEEE standard review—Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Wellbeing with Artificial Intelligence and Autonomous Systems”, IEEE Canada International Humanitarian Technology Conference (IHTC), 2017.
En su artículo, JORDAN, M. I., “Artificial Intelligence. The Revolution Hasn’t Happend Yet”, en *Harvard Data Science Review*, n. 1. 1, 2019 (accesible en: <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/wot7mkl1/advance/9>) expresa que el término IA no está bien entendido no solo por el público en general sino tampoco por los tecnólogos; de inicio habría que definir qué es inteligencia como la capacidad de una entidad de resolver problemas complejos. Cuando se acuñó el término en la década de los 50’s, se aspiraba a construir computadoras que tuvieran inteligencia humana. Pasadas muchas décadas ya, dicha aspiración todavía persiste, pero a diferencia de sus inicios lo que podemos visualizar es que las computadoras no se han vuelto inteligentes *per se*, pero han proporcionado capacidades que aumentan la inteligencia humana además de tener la capacidad de analizar patrones, de los llamados de bajo nivel, aliviando el trabajo humano. Estos desarrollos y otros tantos más, afirma Jordan, son conocidos como “tecnología de IA” pero no involucran razonamientos o pensamientos de alto nivel; los sistemas no forman el tipo de representaciones semánticas e inferencias de las que son capaces los humanos, de hecho y así lo expresa al indicar que “En el futuro previsible, las computadoras no podrán igualar a los humanos en su capacidad para razonar de manera abstracta sobre situaciones reales” y con ello corrobora esa idea, que como punto de partida mantenemos, en donde siempre tendremos la necesidad de mantener ese binomio Inteligencia Humana/ Inteligencia Artificial, en donde necesitaremos “interacciones bien pensadas de humanos y computadoras para resolver nuestros problemas más urgentes”.
- 22 RODRÍGUEZ RESÉNDIZ, P. O. (Coord.), *Inteligencia artificial y datos masivos en archivos digitales sonoros y audiovisuales*, México, IIBID-UNAM, 2021.
- 23 Aunque la clasificación puede ser más amplia. Véase, en ese sentido, los tipos de IA en SOSSA AZUELA, J. H., *op. cit.*, pp. 27 y ss., en donde se pueden identificar hasta 5 tipos de IA: Inteligencia General (IG) o Inteligencia Fuerte; Super Inteligencia Artificial (SIA); Inteligencia Artificial Débil (IAD) o aplicada; Super Inteligencia-Super Consciente IA (SI-SC-IA).
- 24 O'CARROLL, B., “What are the 3 types of AI? A Guide to Narrow, General, and Super Artificial Intelligence”, en *Codebots*, 2017 (accesible en: <https://codebots.com/artificial-intelligence/the-3-types-of-ai-is-the-third-even-possible>).

la programación de un conjunto completo de habilidades cognitivas que hasta ahora solo son conocidas en los humanos²⁵; c) Súper-inteligencia artificial (SIA), aquella que supera lo que el ser humano es capaz de realizar. Como expresa Viveros²⁶, esto simboliza la máxima evolución de este campo, y es en lo que se basa la teoría de la “singularidad”²⁷, la cual sostiene que las máquinas algún día serán lo suficientemente inteligentes para programarse y mejorarse a sí mismas hasta independizarse de sus creadores humanos²⁸.

1.2.2. Acceso a la justicia

La IA en los últimos tiempos ha estado más presente en diferentes campos del conocimiento. El cambio que venimos delineando, por ser el más actual, se encuentra en que la rapidez y el desarrollo de las denominadas nuevas tecnologías es tal que revoluciona campos aún más diversos que impactan en el empleo, finanzas, salud, seguridad y hasta la geopolítica, sin pasar por lo alto al sistema legal. Aunado a todo ello, además y tal y como expresamos, la pandemia aceleró la transformación que las nuevas tecnologías introdujeron en el campo del derecho y su práctica. Tanto las instituciones públicas como privadas²⁹, ven en el caso de la resolución de disputas en línea un área de oportunidad pero también ciertos dilemas y riesgos, algo que ya se visualizó de la práctica inicial de estas herramientas con respecto al comercio electrónico y, por ende, la digitalización de la economía.

Lo que no está bajo ninguna duda es que la innovación tecnológica, el uso de los TIC en la resolución de conflictos, tienden a buscar un mayor acceso a la justicia con la práctica del ODR; no obstante, es importante visualizar riesgos de injusticia sustantiva y de procedimiento cuando la IA puede aumentar los

25 VIVEROS ÁLVAREZ, J. S., *El dilema de la rendición de cuentas respecto a los sistemas de armas autónomas*, *Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n. 42, México, IJ-UNAM, 2021, p. 17 (accesible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/es/bjv/detalleLibro/6514-sistemas-de-armas-autonomas-el-dilema-de-la-rendicion-de-cuentas-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-42>);

26 *Ibid.*, pp. 17 y ss.

27 Por un lado, algunos tecnoescépticos creen que este escenario es improbable, por el otro, el inventor de Google, Ray Kurzweil, predice que esta “singularidad” ocurrirá en el año 2045 con la creación de una IA consciente de sí misma, que será millones de veces más poderosa que todos los cerebros humanos. KURZWEIL, R., *AI Business*, 2017 (accesible en: https://aibusiness.com/document.asp?doc_id=760200).

28 *Ibid.*

29 Para contextualizar lo expresado, para aterrizarlo en la justicia pública y privada, y siguiendo a Ravinovich-Einy y Katsh, no perdamos de vista que con la difusión de la mediación en los tribunales se avanzó en una visión diferente de la justicia, en la que se priorizaba la satisfacción de los intereses y necesidades individuales sobre la protección de los derechos y el establecimiento de estándares. Se prefirieron las resoluciones consensuadas a las decisiones judiciales. Posteriormente, algunas de las ventajas cualitativas de la mediación se perdieron a medida que los procesos de ADR se asimilaron en los tribunales y los jueces emplearon técnicas de ADR, como una especie de asimilación o adopción, algo realmente criticado al visualizarlo como que la institucionalización de ADR redujo las barreras de acceso a la justicia tanto en términos de “acceso” y “justicia”. Distinciones que han estado en el centro de lo que se ha percibido como una compensación inherente entre eficiencia (asociada con procedimientos flexibles y privados) y equidad (relacionada con la estructura y naturaleza abierta de los procedimientos que cumplen con los requisitos del debido proceso). RAVINOVICH-EINY, O. Y KATSH, E., *A New Relationship between Public and Private Dispute Resolution: Lessons from Online Dispute Resolution*, en *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 32, n. 4, 2017, p. 707.

desequilibrios de poder, agrava las discriminaciones y los sesgos y reduce la transparencia en la toma de decisiones³⁰. Riesgos que hay que tenerlos presentes para poderlos atender ya que plantean importantes cuestiones éticas para el diseño de sistemas ODR, y por ello, podemos plantear las siguientes cuestiones conectadas, directa o indirectamente, con el acceso a la justicia: a) ¿En qué condiciones deberían los algoritmos decidir los resultados?; b) ¿Los programadores de software actúan como “guardianes” del acceso a la justicia?; c) ¿El conflicto de intereses entre las partes interesadas, y sus prioridades, deben impactar en la incorporación de tecnología en los tribunales y otros métodos de resolución de disputas?

Compartimos y entendemos por “acceso a la justicia” la posibilidad de toda persona –independientemente de su condición económica o de otra naturaleza- de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas³¹. Se plantea que el acceso a la justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho al acceso a los medios apropiados, adecuados, de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso³².

El tema del acceso a la justicia cobra realce y vigencia³³ al considerarse como un medio imprescindible –no el único- para lograr disminuir el grado de desigualdad social³⁴. El efectivo acceso a la justicia depende de la consecución de un verdadero principio de igualdad, transitando por una prohibición de discriminación y de ahí la implementación de la igualdad de oportunidades, es decir, igualdad de condiciones y recursos durante la trayectoria del acceso a la justicia y que no depende de la capacidad económica, social o cultural de los individuos³⁵. Por todo ello, el acceso a la justicia constituye un instrumento, una estrategia y una alternativa que permite la transformación de las relaciones de poder que

30 La tecnología en la resolución de disputas en línea, tanto en la justicia extrajudicial, conocida como ADR, como en la justicia tradicional o jurisdiccional, afecta de manera profunda el acceso a la justicia y la reparación y naturaleza procedimental, fundamentalmente. La automatización y la inteligencia artificial, como parte de los ODR deben ser diseñados y regulados con el cuidado debido que no afecte negativamente a sus destinatarios, de tal manera que se persiga el fin último de acceso a la justicia. AYELET, S., *Can Computers Be Fair? How Automated and Human-Powered Online Dispute Resolution Affect Procedural Justice in Mediation and Arbitration*, en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 33, n. 1, 2018, p. 92.

31 THOMPSON, J. (Coord.), *Acceso a la justicia y equidad. Estudio en siete países de América Latina*, Costa Rica, BID-IIDH, 2000, p. 25.

32 REDORTA, J., *La justicia del futuro*, versión en español del mismo autor de “Courts and Mediation New Paths for Justice”, en *European Press Academic Publishing*, p. 5.

33 Las razones de la vigencia de un tema como el acceso a la justicia se concretan en “los acelerados cambios experimentados por las sociedades y por sus sistemas jurídicos”, FIX FIERRO, H. Y LÓPEZ AYLLÓN, S., *El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria* en la obra *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, (Coords. Valadés, D. y Gutiérrez Rivas, R.), Tomo I, México, IJ-UNAM, 2001. Véase, asimismo, CAPPELLETTI, M., “Tercer Seminario” en la obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 81 y ss.

34 FIX-ZAMUDIO, H., *Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social*, *Anuario Jurídico*, 2-1975, México, UNAM, 1977.

35 Sin dejar de mencionar el último estadio, para un verdadero acceso, que son las políticas de acciones afirmativas o positivas. GONZÁLEZ MARTÍN, N. Y CHÁVEZ, O., *Dos temas torales sobre derechos humanos. Acciones positivas y justiciaabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, México, CNDH, 2008 (2ª reimp.).

perpetúan la exclusión y la pobreza³⁶ y en donde la IA no puede ser un obstáculo agregado, sino una oportunidad para que, consciente y activamente, se utilice de manera efectiva y responsable.

1.2.3. Hacia la democratización de la inteligencia artificial

El 25 de septiembre de 2015, en el seno de la Organización de Naciones Unidas se adoptaron un conjunto de objetivos globales para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todas y todos como parte de una nueva agenda de desarrollo sostenible con miras a cumplirse en 15 años, es decir en el 2030. Precisamente la agenda 2030 de los objetivos del desarrollo sostenible tienen un vínculo muy estrecho con los derechos humanos que han sido consagrados en las Constituciones nacionales y en tratados internacionales. Los 17 Objetivos en su conjunto tienen incidencia en la vigencia plena de los derechos humanos que han sido especialmente afectados por la pandemia que aún enfrentamos³⁷. En lo que respecta al Objetivo 16 (Paz, justicia e instituciones sólidas) la pandemia ha dejado entrever que la forma en la que los poderes judiciales venían operando (generalmente con poco desarrollo de justicia en línea) enfrentaron rezagos importantes en la tramitación de la justicia.

Llegados a este punto, tenemos la IA, las bases de datos³⁸, el análisis predictivo y el uso de dispositivos informáticos para resolver en línea, ODR, en donde, sin la necesidad de llegar, en este momento, a un análisis profundo, hay consenso, por un lado, en el beneficio que representa en términos de tiempo y costos y, por otro lado, tenemos el planteamiento de si este engranaje tan innovador es compatible con un verdadero acceso a la justicia y sobre todo, con el debido proceso y el respeto al estado de derecho que demanda cualquier sociedad que se precie.

Por nuestra parte, no hay duda en dicha compatibilidad siempre y cuando se le dé preponderancia al respeto de los derechos humanos, lo cual se logrará si la IA: a) fomenta los derechos humanos, fomentando la privacidad, a través de decisiones informadas, es decir, desarrollan sistemas inteligentes centrados en el ser

36 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), **Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia: América Latina y el Caribe**, Buenos Aires, Argentina, 2005.

37 FERRER MAC GREGOR, E. Y GONZÁLEZ MARTÍN, N. (Coords.) **Emergencia sanitaria por COVID-19: Agenda 2030, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional**, México, IJ-UNAM, 2021. Tres números, los relativos al número 47, 48 y 49 de la serie. (accesible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6585-emergencia-sanitaria-por-covid-19-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible-i-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-46>; <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6586-emergencia-sanitaria-por-covid-19-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible-ii-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-48>; <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6587-emergencia-sanitaria-por-covid-19-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible-iii-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-49>)

38 En México existe un gran problema de acceso a los datos, aunado al conocimiento limitado de jueces para acceder a los mismos y la puesta en marcha en los tribunales, además de otras cuestiones técnicas. Pero en América Latina, como en Brasil y Argentina, hay muchos esfuerzos interesantes para los datos abiertos en los tribunales. En Brasil, por ejemplo, casi todo el sistema judicial es electrónico, y en Argentina, muchos tribunales publican datos en formato abierto.

humano y b) promueve la prosperidad y con ello las capacidades sociales y una mejora de la calidad de vida. En definitiva, hablamos de una democratización de la IA y bajo una base legal y ética³⁹. Una meta inequívoca hacia un verdadero acceso a la justicia, bajo el debido proceso y sin sesgos discriminatorios. Un acceso a la justicia en donde haya, asimismo, a) una confianza digital – a través de la capacitación a los usuarios y programas de difusión-; b) creatividad –ante problemas reales/ideas creativas de solución-; c) sencillez –producto o servicio más funcional; y d) agilidad que se reconvierte en confianza, pilar de la cooperación también.

El acceso a la justicia y la calidad de la misma se debe abordar desde un escenario virtual porque nuestra sociedad ya no se encuentra solamente en una dimensión física y, en donde los derechos humanos deben estar garantizados tanto en el mundo *offline* como en el *online*⁴⁰. Una especie de migración de la justicia “tradicional” a un nuevo modelo que genere confianza a través de la imparcialidad, independencia, equidad e igualdad, con seguridad jurídica y tecnológica y ello también va de la mano de la puesta en marcha de la cultura que permea el mismo escenario.

Una democratización, como proceso de transición, en donde las tecnologías de resolución de disputas en línea, ODR, por ejemplo, son cada vez más utilizadas por tribunales, agencias administrativas, empresas y organizaciones de resolución alternativa de disputas; y es normal, dado el desarrollo de las TIC y su actividad en línea y con ello el aumento de un efectivo acceso a la justicia; pero queda una tarea pendiente y ésta sería, entonces, evaluar los sistemas ODR según el tipo de disputa, el método apropiado, entorno, tecnología, proveedores y los propios diseños de procesos en la inclusión de la tecnología en el campo de la resolución de disputas: transposición, reestructuración y novedad de los procedimientos.

Por otro lado, y como detalle de cierre, en esta apuesta por la democratización de la IA, también tenemos que destacar que si bien es cierto que ha habido un incremento de la atención prestada en el uso de las tecnologías en diversas áreas de los gobiernos (especialmente en el ejército⁴¹, la inteligencia, la policía

39 RISSLAND, E. L., **Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning**, en *Yale L. J.*, n. 99, 1990 (accesible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7293&context=yfj9>). Este artículo es uno de los primeros que se planteó la discusión de la relación entre Inteligencia Artificial y Derecho y, además, aborda: razonamientos con reglas; razonamiento con conceptos no definidos; razonamiento de casos hipotéticos y de precedentes; razonamiento combinado entre reglas y casos; y modelos complejos de conocimiento jurídico.

40 Resolución A/ HRC/ 20/ L. 13 de Naciones Unidas: **Promoción, protección y disfrute de los Derechos Humanos en Internet** (2012).

41 Véase como ejemplo la interesante contribución de VIVEROS ÁLVAREZ, J. S., **El dilema de la rendición de cuentas respecto a los sistemas de armas autónomas**, *op. cit.; Id., Autonomous Weapons Systems: The Accountability Conundrum, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n. 41, México, IJ-UNAM, 2021 (accesible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/es/bjv/detallelibro/6467-autonomous-weapons-systems-the-accountability-conundrum-serie-opiniones-tecnicas-sobre-temas-de-relevancia-nacional-num-41>).

y la inmigración), todavía se presta poca atención a la innovación digital en los sistemas de protección social⁴². De hecho, las implicaciones de estos desarrollos para la protección de los derechos humanos a menudo se pasan por alto y de ahí la importancia de poner el “foco” en los problemas específicos de derechos humanos, digamos buscando el bienestar digital, destacando las consecuencias para los más vulnerables en las sociedades de todo el mundo.

1.2.4. Diseño y resolución de disputas en línea

En definitiva, el uso de la tecnología aplicada a los métodos de resolución de conflictos, ODR, y el impulso y proliferación que, involuntariamente, se dio con la pandemia, la convirtió en una alternativa válida de acceso a la justicia, en principio, en todo el mundo. El debate está servido, desde que hay, igualmente, decisiones divergentes en las que la “gobernanza algorítmica” en la que se basan los sistemas ODR, especialmente aquellos que desplazan a terceros neutrales, puede dar lugar a una teoría de la justicia que no va de la mano de la visión democrática liberal del estado de derecho. Aunque no es tan simple como esto, pareciera que la IA no debiera sustituir a la IH, cuando lo que realmente se busca es la complementariedad entre ambas, el balance planteado al inicio de esta contribución (IA/IH). Igualmente, es importante expresar que hay una especie de nexo entre simplicidad y acceso a los ODR, es decir, los casos simples o sencillos pueden ser resueltos de manera más eficiente por los ODR y, coincidentemente, estos casos se relacionan con aquella población que no suele tener acceso a un abogado y, por ende, tienen una tendencia a evitar litigios, no acceden a la justicia⁴³.

En el ámbito legal, el enfrentar errores de interpretación del lenguaje humano, puede tener consecuencias realmente variadas, y todas ellas lamentables, desde un arresto o el no acceso a un crédito⁴⁴. Reforzamos, junto con estas situaciones a todo efecto anómalas, nuestra visión hacia la necesidad de comple-

42 Para ejemplificar ciertas amenazas relevantes de la IA, desde un punto de vista ético y social, véase el caso *Cambridge Analytica*, en cuanto a la filtración de datos y privacidad; o el caso tan sonado de COMPAS, para predecir la reincidencia delictual con clara presencia de los sesgos raciales, o los bots políticos como Tay con el denominado “deepfake”, entre otros.

43 En torno al tema, ubicado en el contexto norteamericano, véase, entre otros: FREEMAN ENGSTROM, D. E., CUÉLLAR, M. -F. y SHARKEY, C. M., **Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies**, January 31, 2020; CUÉLLAR, M. -F. Y HUQ, A. Z., “Book Review: Economies of Surveillance”, *Harvard Law Review*, 133, 2020, p. 1280; CUÉLLAR, M. -F., FREEMAN ENGSTROM, D., HO, D. E. y SHARKEY, C., **AI’s Promise and Peril for the U. S. Government**, Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (HAI), September 2020; CUÉLLAR, M. -F. y MACCOUN, R. J., “Arguing Over Algorithms: Mapping the Dilemmas Inherent in Operationalizing “Ethical” Artificial Intelligence”, en la obra *The Cambridge Handbook on the Law of Algorithms* (Ed. Woodrow Barfield), Cambridge, Cambridge University Press, 2020; FREEMAN ENGSTROM, D. Y HO, D., “Algorithmic Accountability in the Administrative State”, *Yale Journal on Regulation*, 37, 2020, p. 800; FREEMAN ENGSTROM, D., HO, D. E., CUÉLLAR, M. -F. y SHARKEY, C. M., *What to Do About Artificially Intelligent Government*, The Hill, February 25, 2020 (accessible en: <https://thehill.com/opinion/technology/483878-what-to-do-about-artificially-intelligent-government>).

44 SPAULDING, N. W., **Online Dispute Resolution and the End of Adversarial Justice?**. Stanford Law School, pp. 8-9 (accessible en: https://conferences.law.stanford.edu/legal-tech-and-the-future-of-civil-justice/wp-content/uploads/sites/101/2021/02/ODR-and-the-End-of-Adversarial-Justice_.pdf).

mentar y balancear entre lo artificial y lo natural o humano, esa llamada visión humanística. En aquellos ODR, en donde se prescinde del tercero neutral, y en donde la justicia se recibe por lo transmitido a través de la IA invita, con más énfasis, al cuidado debido del procesamiento de datos en donde la colaboración híbrida IA/IH es crucial, aún con la tendencia exclusiva hacia la IA⁴⁵.

Como vemos, definitivamente el diseño de sistemas de disputa cobra un lugar fundamental pero el diseño como “proceso de resolver problemas de manera creativa y estratégica, el diseño centrado en el ser humano es un enfoque que coloca a las personas, afectadas por los problemas, en el centro de la solución”⁴⁶. Ese, precisamente, es uno de los elementos cruciales que nos condujo a realizar una contribución de esta naturaleza, preocupados y ocupados por situar al ser humano en el centro. Para ello, hay que ubicar y enfocar las personas que usarían un servicio, sistema, producto o tecnología para comprender la mejor manera de satisfacer sus necesidades y así solventar y encontrar soluciones⁴⁷.

El diseño no solo es una cuestión estética sino que va más allá, máxime cuando hablamos de diseño de sistemas centrados en el ser humano, es decir, se trata de diseñar productos, crear herramientas para ofrecer mejores servicios y así mejorar la experiencia⁴⁸, en definitiva dar a través de los tribunales un servicio a los justiciables y por último, el diseño, además, puede estructurar reglas. Por todo ello, es importante incluir con el diseño institucional y el *diseño de sistemas de disputas*, abarcando la actividad humana de crear nuevas reglas, organizaciones, instituciones o foros; pero la pregunta es ¿qué tipo de justicia? Porque el diseño

45 La nanotecnología, la biotecnología, las tecnologías de la información y la ciencia cognitiva, son consideradas las ramas del conocimiento del futuro, lo que Ray Kurzweil, cofundador de la Universidad de la Singularidad y director de Ingeniería de Google, llama la *singularidad tecnológica*, que se dará cuando la inteligencia artificial sobrepase la capacidad de la inteligencia humana; subrayando que, dado que el progreso humano se mueve de forma exponencial y no lineal, esto sucederá no más allá del año 2045. Es más, el propio Kurzweil “pronostica que el test de Turing se superará en 2029. Esta prueba diseñada por el científico británico Alan Turing, a mitad del siglo XX, examina la capacidad de una máquina para responder como un humano, de forma que no sepamos si nos estamos comunicando con una IA o con una persona”, CORDEIRO, J. L., **Tres tecnologías que revolucionarán la humanidad: Exploración espacial, inteligencia artificial, Inmortalidad**, en *Muy Interesante*, n. 476, pp. 26 y ss.

46 Especialmente, este es el primer libro que cubre el DSD con numerosos contextos en diversas disciplinas académicas, con literatura relevante, tan amplia como interdisciplinaria. AMSLER, L. B., MARTINEZ, J. K. y SMITH, S. E., **Dispute System Design. Preventing, Managing, and Resolving Conflict**. Stanford University Press, 2020, p. 3. Igualmente relevante es la lectura de SMITH, S. E. y MARTINEZ, J. K., “An Analytic Framework for Dispute Systems Design”, en *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 14, 2009, pp. 123 y ss.

47 THOMAS, L., KAUR, S. y GOODRICH, S., **Making ODR Human Using Human-Centred Design for ODR Product Development**, en *International Journal on Online Dispute Resolution*, 2018 (5) 1-2, p. 146.

48 En muchas disciplinas, diseñar el proceso para que se adapte al tema en particular es tan importante como la sustancia o el producto final. En la mediación, un buen diseño de procesos es fundamental para el éxito. Un mediador, un abogado de parte en mediación –colaborando con su equipo– o cualquier interesado en introducir en ese “abanico de posibilidades” que entraña el elegir el medio para solventar sus diferencias, debe estar familiarizado con todo el arsenal de varios procesos de ADR y no debe ceder el diseño por completo al mediador. Si bien todavía existen las mediaciones y arbitrajes tradicionales, el panorama de medios alternos se ha expandido y ampliado. Hay muchos híbridos e innovaciones que podrían ser perfectos para el caso de un defensor de mediación. Por ejemplo, hay mediaciones que ocurren antes de la presentación de una queja. Hay evaluaciones neutrales, mediaciones que se convierten en arbitrajes (“Med-Arb”), arbitrajes que son mediados después de que se redacta el laudo, pero no se anuncia (“Arb-Med”) y otros. El proceso de resolver una reclamación de manera efectiva implica elegir entre una variedad de herramientas modernas y usarlas para diseñar un proceso que se ajuste a la disputa. Los defensores de la mediación verdaderamente talentosos desempeñan un papel muy importante en la conducción de la fase de diseño del proceso de la mediación, y no permiten pasivamente que un mediador o su oponente decidan estas cuestiones por ellos. WEINSTEIN, D. H. (Ret.), **Reflections of a Leading Neutral on Mediation Advocacy, Haig’s Business and Commercial Litigation** (4ª ed.).

de estas instituciones afecta la justicia y de ahí el cuidado debido a la hora de evaluar la justicia en el diseño de sistemas de disputas⁴⁹.

El diseño legal es un nuevo enfoque de cómo resolver los problemas legales, y suele contener una serie de elementos tales como empatizar –mapas de empatía–, definir, idear, hacer un prototipo innovador y probarlo; todo ello pensando siempre en el usuario y desde la multidisciplinariedad e interdisciplinaridad y la colaboración. Por supuesto que la IA tiene mucho potencial para que las personas accedan a la justicia, pero el hándicap es que se necesitan muchos datos.

1.3. RESPONSABILIDAD ÉTICA Y MORAL EN EL USO DE LA TECNOLOGÍA

Los esfuerzos de digitalización están proliferando rápidamente en todos los sectores, impulsando desafíos éticos nuevos y de gran escala que surgen del desarrollo y despliegue tecnológico que tienen importantes implicaciones en los derechos y la justicia. La IA entró en juego agilizando la productividad, transformando nuestra manera de comunicarnos ya no sólo entre seres humanos sino en nuestra interacción con asistentes virtuales, bots y demás expresiones tecnológicas, revolucionando la manera de hacer negocios a partir de eficientizar complejos procesos logísticos y predecir necesidades particulares de consumo, innovando en la automatización de toda clase de vehículos terrestres, aéreos y marítimos, entre tantas otras expresiones de una tecnología que ha adquirido la capacidad de aprender por sí sola a partir de recopilar y procesar datos bajo lineamientos específicos. Todo ello nos impone a los estudiosos del derecho la premisa de ceñir los alcances de estas tecnologías al manto protector de la ética y la responsabilidad, colocando al ser humano en el centro de sus intereses y finalidades.

Iniciamos una nueva década con un gran reto por delante en cuanto a cómo promulgar la ética de la IA⁵⁰, en donde los intereses corporativos parecieran primar sobre los intereses de instituciones, sociedad y las personas en general, como comunidad global y en donde la investigación de ética en IA y la evolución

49 AMSLER, L. B. (antes Bingham), **Designing Justice: Legal Institutions and Other Systems for Managing Conflict**, en *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2009 (accessible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1294063).

50 EBELL, C. et al., **Towards intellectual freedom in an AI Ethics Global Community**, *AI Ethics*, n. 1 2021 (accessible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s43681-021-00052-5>). Durante la última década, la ética de la IA se ha estudiado en el ámbito académico y de ahí su puesta en marcha en políticas públicas (por ejemplo, Comisión Europea, Cámara de los Lores del Reino Unido, Estados Unidos de América, Corea, China, entre otras) así como en el mundo de las grandes corporaciones. Véase en ese sentido, Ebell, C., Baeza-Yates, R., Benjamin, R., Cai, H., Coeckelbergh, M., Duarte, T., Hickok, M., Jaquet, A., Kim, A., Krijger, J., Macintyre, J., Madhamshettiwar, P., Maffeo, L., Matthews, J., Medsker, L., Smith, P. y Thais, S., “Towards Intellectual Freedom in an AI Ethics Global Community”, en la obra *AI Ethics*, 2021 (accessible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s43681-021-00052-5>). Asimismo, véase la hemerografía propuesta en este paper referido de BENJAMIN, R., en la obra *Race after Technology: Abolitionist Tools for the New Jim Code*, (Ebell et al.), Polity, Cambridge, 2019; BODDINGTON, *Towards a Code of Ethics for Artificial Intelligence*, Nueva York, Springer, 2017; BOSTROM, N., *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Buolamwini, J. y Gebru, T., “Gender Shades Project: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification”, en la obra *Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, 2018, pp. 77–91 (accessible en: <https://www.media.mit.edu/projects/gender-shades/overview/>); COECKELBERGH, M., *AI Ethics*, op. cit.

de los estándares aceptados deben estar orientados hacia un futuro tecnológico que haga la vida mejor para todos⁵¹. Partiendo de dicha base, es inevitable que cuando nos referimos a la IA, surge de manera casi inmediata la connotación de responsabilidad ética y/o moral; pero ¿son éstos términos sinónimos? Como expresamos, la IA no está exenta de esta carga ética y moral⁵² y por ello hay que estar atentos a la investigación del propio algoritmo en donde aseguremos contar con una buena rendición de cuentas, auditoria y transparencia; asumir una responsabilidad para usar los algoritmos dentro del marco correcto. Ante tal panorama, podemos expresar que el primer problema que presenta una ética referida a la IA son los sesgos que provienen de los datos y sabemos que todos los algoritmos tienen sesgos. El reto es que dichos sesgos sean neutrales, sin una connotación positiva ni negativa, y justos⁵³. Ahí es donde radica el verdadero desafío: ¿cómo introducir la noción de igualdad, de equidad y/o justicia al algoritmo, lo hacemos como premisa determinada o las planteamos si el algoritmo daña/discrimina a alguien en particular o a un conjunto en particular? Ni la respuesta, ni la solución es fácil, de hecho, es un dilema que está presente, que preocupa a quienes son especialistas en la materia y en donde lo único que queda claro, de inicio, es que dichas nociones tienen que estar presente cuando se diseñan modelos de aprendizaje automatizado⁵⁴.

Por otro lado, los principales problemas de sesgos van directamente asociados con la discriminación⁵⁵. Prueba de ello es que las discriminaciones pueden tomar muchas formas y tipos diferentes, como la discriminación indirecta⁵⁶. Si-

-
- 51 El texto concluye con una serie de estrategias más que coherentes, y sobre la base de la experiencia de un elenco de especialistas en la materia, que perfectamente pueden ayudar y plantear las bases para ir procesando y promulgando guías sobre la IA y su responsabilidad ética y moral en el uso de las tecnologías.
- 52 Aprovechamos la oportunidad para subrayar que hay distinción entre: a) La ética de las neurociencias (neuroderechos, entendiendo "derecho" en su acepción ética); b) El derecho de las neurociencias (neuroderechos, entendiendo "derecho" en el sentido jurídico); c) Las neurociencias como disciplina auxiliar del derecho (neurocriminología forense); d) Las neurociencias como parte de la epistemología jurídica aplicada; y e) El estudio de las propiedades socio-neuro-cognitivas de los operadores jurídicos. Puntualmente, cuando hablamos de la inteligencia artificial y derecho debe distinguirse, a su vez, entre: a) La ética de la inteligencia artificial; b) El derecho de la inteligencia artificial y c) La inteligencia artificial aplicada al derecho.
- 53 BAEZA YATES, R. [Spain AI], 18. 2. 2021, **La ética de la IA: un gran desafío** [Video], Youtube (<https://www.youtube.com/watch?v=jYroFhJlmQ&feature=youtu.be>).
- 54 La *Association for Computing Machinery* (ACM –USA-) ha publicado una declaración sobre la transparencia y la rendición de cuentas algorítmicas e hizo una propuesta de las siete propiedades o principios destinados a abordar los posibles sesgos dañinos de las soluciones algorítmicas: a) Awareness; b) Access and redress; c) Accountability; d) Explanation; e) Data provenance; f) Auditability; g) Validation and testing. No es casual, porque las soluciones algorítmicas, cada vez más, toman decisiones que afectan nuestras vidas. AYLING, J., ZOU, Y. y CHAPMAN, A., "Algorithmic Accountability and the Role of Provenance", Southampton, University of Southampton (accesible en: https://sociam.github.io/saap-workshop/resources/01_Ayling_Zhou_Chapman_final.pdf). En el contexto de la Unión Europea, el Reglamento general de protección de datos de la UE, igualmente están introduciendo el "derecho a explicaciones" (consulte: <https://arxiv.org/abs/1606.08813>), en particular en relación con el Art. 22 sobre la toma de decisiones individual automatizada, incluida la elaboración de perfiles
- 55 Bolukbasi, TOLGA, *et al.*, **Man is to Computer Programmer as Woman is to Homemaker? Debiasing Word Embeddings**, en *NeurIPS*, 2016 (accesible en: <https://papers.nips.cc/paper/2016/file/a486cd07e4ac3d270571622f4f316ec5-Paper.pdf>) o más discriminaciones en el "Word Embeddings", Mapeo de palabras. Espacios vectoriales para captar las palabras, modelos de lenguaje, BENDER, E. M., *et al.*, 2021, **On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Language Models Be too Big?**, ACM Conference (accesible en: http://faculty.washington.edu/ebender/papers/Stochastic_Parrots.pdf).
- 56 Sobre el tema general, y los conceptos en particular, en torno al principio de igualdad, prohibición de discriminación, igualdad de oportunidades y acciones afirmativas, así como las clasificaciones discriminatorias, véase GONZÁLEZ MARTÍN, N. Y CHAVEZ SÁNCHEZ, O., **Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justicia de los derechos**

guiendo de nuevo a BAEZA⁵⁷, no cabe la menor duda que los algoritmos pueden estar sesgados, pero también es cierto que un juez o jueza puede tener decisiones inconsistentes que afectan aspectos torales que desembocan, igualmente, en discriminaciones o daños irreparables⁵⁸. Este es el verdadero dilema, cómo hacer que el sistema que esté en marcha sea consistente o, al menos, ético y justo. ¿Qué es mejor un algoritmo justo pero sesgado o un juez incapaz de mantener consistencia en las decisiones ante un mismo problema?⁵⁹.

La complementariedad de la IA –aumentada, experimental- y la IH, que está detrás de cualquier plataforma, es la única posibilidad viable hasta la fecha. Además, no olvidemos que, ante ciertas decisiones, las personas deben tener el derecho a reclamar el resultado, pero para ello hay que darles la información acerca del proceso, interpretabilidad o al menos que haya la intervención de una persona para explicar la decisión y mantener el sistema validado. En definitiva, y a modo de subrayado, la llamada IA aplicada al derecho como investigación interdisciplinaria entre la teoría del derecho y la IA encargada del diseño y desarrollo de sistemas computacionales cuyos productos finales, de ser atribuibles a un humano, presupondrían conducta inteligente por parte de un operador jurídico⁶⁰.

2. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como se ha podido observar en el apartado anterior, el cambiante contexto social, económico y tecnológico global en el que vivimos ha incidido directamente en aspectos clave relacionados con el acceso y la administración de la Justicia,

económicos, sociales y culturales, México, CNDH, 2019 (1ª reimp.), pp. 205 y ss.

57 BAEZA YATES, R., *Op. cit.*

58 ABREU FERREIRA MACHADO, C. de M. y GONCALVES CAVALCANTI DIAS, . C. A., **Inteligencia artificial e juiz natural –quando a previsibilidade e a padronização podem tomar o assento do juiz ordinário**, en la obra *Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça formas consensuais de solução de conflitos* (Coords., Goulart de Sena Orsini, A., et. al.), España, Ed. Lefis-Compedi-UNIFE, 2016, pp. 162 y ss.

59 KAHNEMAN, D., ROSENFELD, A. M., GANCHI, L. y BLASER, T., **Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making. Algorithmic judgment Is more efficient than the Human variety**, en *Harvard Business Review*, 2016 (accessible en: <https://hbr.org/2016/10/noise>).

60 CÁCERES NIETO, E., [Presentación virtual], 16. 6. 2021. Línea de Investigación: Constructivismo jurídico e Inteligencia Artificial. Claustro Académico, México, IJ-UNAM, 2021 (evento cerrado).

En esa misma tónica, “Con el rápido desarrollo de la inteligencia artificial, han surgido preocupaciones sobre cómo las máquinas tomarán decisiones morales y el principal desafío de cuantificar las expectativas de la sociedad sobre los principios éticos que deberían guiar el comportamiento de las máquinas. Para abordar este desafío, se implementó Moral Machine, una plataforma experimental en línea diseñada para explorar los dilemas morales que enfrentan los vehículos autónomos. Esta plataforma reunió 40 millones de decisiones en diez idiomas de millones de personas en 233 países y territorios. Para ello, se analizó y, por ende, se describieron los resultados: Primero, resumiendo las preferencias morales globales. En segundo lugar, se documentó las variaciones individuales en las preferencias, según los datos demográficos de los encuestados. En tercer lugar, se informó la variación ética intercultural y se “descubren” tres grupos principales de países. Cuarto, se mostró que estas diferencias se correlacionan con instituciones modernas y rasgos culturales profundos. Se discutió cómo estas preferencias pueden contribuir al desarrollo de principios globales y socialmente aceptables para la ética de las máquinas. Los datos utilizados están disponibles públicamente”. AWAD, E. et al., “The Moral Machine Experiment”, *Nature*, 563, n. 24, 2018, pp. 59-64.

al igual que con el arbitraje⁶¹. Nos encontramos ante un complejo panorama crecientemente dominado por el Comercio electrónico y la Economía digital (potenciado además por fenómenos globales como la crisis del COVID-19), donde, tras incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), estaría evolucionando con la paulatina incorporación de tecnologías disruptivas como es la Inteligencia Artificial (IA).

Por lo que respecta al sector arbitral, se aprecia como el ampliamente conocido movimiento *Alternative Dispute Resolution* (ADR) -Resolución Alternativa de Litigios (RAL)-, habría evolucionado hacia el establecimiento y desarrollo de sistemas y plataformas de *Online Dispute Resolution* (ODR) -Resolución de Litigios en Línea (RLL)⁶²-. Un tránsito que, por lo que hace al Arbitraje Comercial Internacional (ACI), en su afán de adaptarse al nuevo contexto deslocalizado y ubicuo de la contratación electrónica internacional y de la tecnología *Blockchain*, ha conducido a la incorporación de las TIC, con el objetivo de impulsar así una economía crecientemente digitalizada, a partir ofrecer un alto nivel de seguridad y de confianza a sus participantes en la resolución eficaz y eficiente de sus controversias⁶³.

Uno de los aspectos más novedosos sobre los que se centraría esta revolución tecnológica lo constituye la incorporación de las herramientas tecnológicas propias de la Inteligencia Artificial (IA) al procedimiento arbitral, a partir de la irrupción de la conocida como “Cuarta Revolución Industrial” y la implantación de la “Industria 4.0”⁶⁴. A esta cuestión dedicaremos este apartado, destacando tantos los beneficios como los desafíos legales que suscita para el desarrollo del ACI.

2.1. EL IRRESISTIBLE ENCANTO DE LA TECNOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La incorporación de las TIC, como auténtica “cuarta parte” del arbitraje⁶⁵, ha puesto a disposición de importantes herramientas a las partes, árbitros e

61 BARONA VILAR, S., **Arbitration and ADR, components of the new paradigm of the Justice in the modernity**, en *Dong-A Journal of IBT Law*, Vol. 24, 2019, pp. 1-17; KOULU, R., *Law, Technology and Dispute Resolution. Privatisation of Coercion*, Oxon, Routledge, 2019, p. 7.

62 CATALÁN CHAMORRO, M. J., **El acceso a la Justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de Consumo**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 268-323; KATSH, E. y RIFKIN, J., *Online Dispute Resolution. Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, p. 27.

63 BARONA VILAR, S., **Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0)**, en *Arbitraje*, n. 1, 2018, pp. 17-35; BARRAL VINALS, I., **Tecnología y conflictos en la era de Internet: la utilidad de las Online Dispute resolutions**, en *RJC*, n. 1, 2016, pp. 45-69, pp. 47-48; LÓPEZ ORTIZ, A., “Arbitration and IT”, en *Arb. Int.*, Vol. 21, n. 3, 2005, pp. 343-360, pp. 345-347.

64 Con carácter general, BARONA VILAR, S., **Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 58-76; SCHWAB, K., *The Fourth Industrial Revolution*, Ginebra, World Economic Forum, 2016, pp. 11-17.

65 KATSH, E. y RIFKIN, J., *op. cit.*, pp. 93-116.

instituciones arbitrales, posibilitado la virtualización de sus distintos elementos y del propio procedimiento arbitral, al igual que favoreciendo una más eficaz comunicación, colaboración e interactividad entre las mismas. Un proceso que se ha visto acompañada de una destacable labor codificadora, por medio de la que se buscaría garantizar la validez del procedimiento y el respeto de sus derechos procesales de las partes, en el contexto de un procedimiento arbitral cada vez más virtual; la cual, en todo caso, se habría visto facilitada por la flexibilidad, la libertad formal y el principio autonomista que orienta el procedimiento arbitral⁶⁶. Pues bien, es este esfuerzo normativo debería tenerse en consideración la paulatina incorporación de la IA en la administración de Justicia⁶⁷.

Así las cosas, a pesar de que esta tecnología disruptiva aún se encuentre en sus primeros momentos, resulta innegable que la IA está llamada a dotar de un mayor nivel de eficiencia y de eficacia al ACI, en un contexto de globalización constante de la economía digital⁶⁸. De ahí el interés normativo que ha despertado su incorporación al arbitraje, al resultar potencialmente decisiva en su propia evolución y pleno desarrollo⁶⁹. Entre otros motivos, al permitir superar la actual visión meramente utilitarista o instrumental de las TIC; transitando hacia una nueva etapa trasformativa, donde la IA estaría llamada a afectar al modo de gestión del procedimiento arbitral y de la propia resolución de las controversias comerciales internacionales (a partir de la toma de decisiones automatizadas y la utilización de herramientas propias de “Justicia predictiva”)⁷⁰.

A este respecto, si bien es cierto que todavía estamos lejos del pleno desarrollo de la IA y su incorporación a la administración de la Justicia (y, por ende, al ACI), también lo es que el papel estratégico de esta herramienta tecnológica, se encuentra detrás del interés –internacional, regional y estatal- en su implantación y de las repercusiones jurídicas que de ello pudiera derivarse. Por un lado, desde

66 MARTÍN-DIZ, F., **Smart ODR: I-Arbitraje e I-Mediación. Integración de medios extrajudiciales de resolución de litigios e inteligencia artificial**, en la obra *Justicia polidécica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, (Ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 381-402, p. 382; MÉNDEZ ZAMORA, E. E., “Panorama actual y futuro de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional: implementaciones, obstáculos y consideraciones jurídicas”, en *Revista Costarricense de Derecho Internacional* 2018, pp. 7-24, pp. 15-16.

67 BARRIO ANDRÉS, M., **Manual de Derecho Digital**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 54-64.

68 BARRAL VIÑALS, I., *op. cit.*, p. 52; DE WERRA, J., **Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: The Need to Adopt Global ADR Mechanisms for Addressing the Challenges of Massive Online Micro-Justice**, en *Swiss. Rev. Int'l & Eur. L.*, 2016, pp. 289-306, p. 290; GUZMÁN FLUJA, V. C., “Arbitraje y soluciones técnicas inteligentes: elementos para un debate”, en la obra *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, (Ed. Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 553-609, pp. 573-575; MONTESINOS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial y ODR”, en la obra *Justicia algorítmica y neuroderecho*, *op. cit.*, pp. 507-531, 520; PIERS, M. / ASCHAUER, C., “Survey on the Present Use of ICT in International Arbitration”, en la obra *Arbitration in the Digital Age. The Brave New World of Arbitration* (Eds. Piers, M. y Aschauer, C.), Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 15-26, p. 22.

69 BIARD, A., **Justice en ligne ou nouveau far www. est? La difficile régulation des plateformes en ligne de réglemnet extrajudiciarie des litiges**, en *R. I. D. E.*, t. XXXIII, n. 2, 2019, pp. 165-191, p. 190; BARONA VILAR, S., “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4. 0)”, en *Arbitraje*, n. 1, 2018, pp. 17-35, p. 44.

70 BARONA VILAR, S., **Maximización...**, *op. cit.*, pp. 47-48; PIERS, M. / ASCHAUER, C., “Conclusion”, en: la obra *Arbitration in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 283-299, p. 295.

una perspectiva internacional, destacar como la propia Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), tras interesarse en la ordenación del Comercio electrónico y sus repercusiones en la RLL⁷¹, se estaría ocupando de los desafíos legales que genera la incorporación de la IA⁷². En esta misma línea, en el arco de la OCDE, destaca la elaboración de la Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial y de los Principios sobre Inteligencia Artificial, aprobados en 2019⁷³.

Por otro lado, desde una perspectiva regional europea, hay que hacer mención de la atención prestada a la IA por la Unión Europea (UE) y el Consejo de Europa. Por parte de la UE, destacan: las Comunicaciones de la Comisión “Inteligencia artificial para Europa” y “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano” (ambas de 2019)⁷⁴, las Directrices éticas para una Inteligencia Artificial fiable (2019)⁷⁵, el “Informe de la Comisión sobre las implicaciones de la Inteligencia Artificial, el Internet de las Cosas y la Robótica sobre la seguridad y la responsabilidad” y el “Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial - Una aproximación europea a la excelencia y la confianza” (ambos de 2020)⁷⁶, así como la publicación de la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (en 2021)⁷⁷. Unos documentos donde se persigue garantizar un marco ético y jurídico basado en los principios y valores en los que se asienta la UE, así como en su Carta de Derechos Fundamentales, destinados a generar un “ecosistema de confianza” en materia de IA para la mejora del mercado interior; estableciéndose como requisitos una IA fiable, informada por la intervención y supervisión humanas, la solidez y seguridad técnica, la privacidad y gestión de los datos personales, la transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, el bienestar social y medioambiental, así como rendición de cuentas⁷⁸.

De forma más específica, la Comisión para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa, ha publicado la “Carta ética europea sobre el uso

71 Así, al respecto de la mediación, PALAO MORENO, G., **De la contratación comercial electrónica a la incorporación de lo “electrónico” en la mediación en los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/ UNCITRAL)**, en la obra *Justicia poliédrica*, *op. cit.*, pp. 291-311.

72 Documento de la AG de la ONU, *Legal issues related to the digital economy – proposal for legislative work on electronic transactions and the use of artificial intelligence and automation*, de 5. 5. 2021 (A/ CN/ 9/ 1065).

73 Accesible en: <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>.

74 COM (2018) 237 final y COM (2019) 168 final.

75 Accesible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078>.

76 Publicados el 19. 2. 2020, respectivamente, COM (2020) 64 final y COM (2020) 65 final.

77 COM (2021) 206 final.

78 BARONA VILAR, S., **Inteligencia Artificial...**, *op. cit.*, pp. 33-37; DE HOYOS SANCHO, M., “El Proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre inteligencia artificial, los sistemas de alto riesgo y la creación de un ecosistema de confianza”, en la obra *Justicia poliédrica e periodo de mudanza*, *op. cit.*, pp. 404-421.

de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su medio” (2018)⁷⁹, donde se fijan tanto los cinco principios fundamentales que habrían de aplicarse en este ámbito –como son: 1) Respeto de los Derechos Fundamentales; 2) No-discriminación; 3) Calidad y seguridad; 4) Transparencia, imparcialidad y justicia; y 5) Su “uso bajo control”)-⁸⁰; como se destaca el recurso a la IA en los mecanismos de RLL, con el fin de mejorar el acceso a la Justicia, siempre que se incorporaran determinadas garantías al procedimiento⁸¹.

2.2. LA PAULATINA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA JUSTICIA: INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE

Al igual que ya sucediera con las TIC, la incorporación de las tecnologías relacionadas con la IA en el ACI se estaría produciendo de forma paulatina, por medio de distintos niveles de implantación y a través de diversas etapas sucesivas, como complemento de la anterior hacia la virtualización y automatización del arbitraje⁸². El hecho es que, hoy por hoy, únicamente podría especularse sobre cuál va a ser su desarrollo efectivo y el resultado de su plena incorporación, resultando complejo realizar afirmaciones concluyentes sobre las consecuencias de su implantación en el procedimiento arbitral. Y es que, en la actualidad únicamente contamos con una IA “débil”, donde algoritmos tan sólo permitirían combinar sistemas inteligentes de aprendizaje automático (*Machine Learning*) y de análisis de datos (*Big data Analytics*). Un contexto que contrastaría con la exigencia de una IA “fuerte”, donde el algoritmo sería asimismo capaz de llevar a cabo acciones de aprendizaje profundo (*Deep Learning*), de analítica predictiva (*Predictive Analysis*) y de proceso del lenguaje natural (*Natural Language Processing*), e incluso llegar a ser “consciente” de su propia existencia⁸³. Un momento que, como efecto más extremo, derivaría en la plena “robotización” del ACI. Sin embargo, las etapas que habrían de culminarse de modo previo a este objetivo serían varias⁸⁴; debiendo acompañarse de una necesaria actualización normativa, por medio de la que se permitiera su incorporación al arbitraje, sin olvidar la necesidad de establecer un marco ético apropiado.

79 CEPEJ (2018) 14.

80 *Ibid.*, pp. 5-10.

81 *Ibid.*, pp. 32-35.

82 ABDEL WAHAB, M. S. y KATSH, E., **Revolutionizing Technologies and the Use of Technology in International Arbitration. Innovation, Legitimacy, Prospects and Challenges**, en la obra *Arbitration in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 27-55; PALAO MORENO, G., “El arbitraje comercial en línea en la era de inteligencia artificial”, en la obra *Psicoanálisis del Arbitraje. Solución o Problema en el Actual Paradigma de Justicia* (Ed., Barona Vilar, S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 449-471.

83 BARRIO ANDRÉS, M., *op. cit.*, p. 57.

84 ALAIRE, B., NIBLETT, A. y YOON, A. H., **How artificial intelligence will affect the practice of law**, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 68, 2028, pp. 106-124, p. 112; BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABNDEN, A., “La robotisation de la justice”, en la obra *L'intelligence artificielle et le droit* (Coords., Jacquemin, H. / De Streeel, A.), Namur, Larcier, 2017, pp. 259-317, pp. 260-262.

a) En este sentido, para empezar, una primera etapa (íntimamente ligada al auge del Comercio electrónico) consistiría en la máxima informatización (virtuualización) posible del procedimiento arbitral y el aprovechamiento de las ventajas que ofrecen las TIC en la gestión del procedimiento arbitral⁸⁵. Por lo que respecta a la misma, en la actualidad son numerosas las herramientas tecnológicas disponibles y las plataformas de RLL que operan en el mercado arbitral, encontrándose igualmente prevista normativamente dicha incorporación (tanto desde una perspectiva internacional, como estatal, así como por parte de las instituciones arbitrales); habiéndose incorporando para la gestión de casos paulatinamente a la práctica del ACI⁸⁶, con el fin de facilitar, en último extremo, el desarrollo de procedimientos en línea más rápidos y eficientes, así como menos costosos⁸⁷.

b) Junto a ello, en una segunda etapa y partiendo del empleo de las herramientas TIC, se pasaría a la paulatina robotización (automatización) del arbitraje, donde la IA realizaría funciones principalmente asistenciales, por medio de la interconexión y empleo de sistemas de computación expertos, así como a partir de la digitalización de la información y de los macro-datos (*Big Data*) necesarios para alimentar el sistema⁸⁸. En esta segunda etapa, un eficaz empleo de la IA obligaría a incorporar importantes innovaciones en el ACI, así como realizar un esfuerzo de transparencia (según un modelo de *Open Data*, difícilmente compatible con la confidencialidad tradicional del arbitraje), con el fin de estructurar y digitalizar (y “anonimizar”) toda la información (legal, doctrinal y jurisprudencial) relacionada con el procedimiento y con los laudos dictados, para así alimentar a la IA⁸⁹. Y es que, sin el acceso a unos meta-datos de calidad no resultaría posible que la IA “fuerte” pudiera llegar reconocer modelos o patrones de comportamiento (por medio de acciones como la minería de datos o *Data mining*), para así poder tomar decisiones automatizadas y autónomas eficaces (como se exigiría en la última y tercera etapa)⁹⁰. Una labor sobre la que ya existen diversas herramientas tecnológicas y bases de datos que, aunque con sus restricciones (por lo que hace al acceso a la información arbitral), facilitan actualmente la labor

85 Por todos, MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

86 Así, las iniciativas internacionales desarrolladas desde la Cámara de Comercio Internacional (CCI) -el *NetCase* (accesible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/NetCase-Pamphlet-English.pdf>)- y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) -*ECAf* (accesible en: <https://www.wipo.int/amc/en/ecaf/introduction.jsp>)- o de la American Arbitration Association - WebFile (accesible en: www.adr.org).

87 BIARD, A., *op. cit.*, pp. 170-174; BARONA VILAR, S., *Maximización...*, *op. cit.*, p. 48.

88 MARTÍN-DÍZ, F., *op. cit.*, pp. 388 y 391-393.

89 ALAIRE, B., NIBLETT, A. y YOON, A. H., *op. cit.*, pp. 118-119; BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABNDEN, A., *op. cit.*, pp. 278-279 y 285; WANG, F. F., *Online Arbitration*, Oxon, Routledge, 2018, p. 156.

90 KASAP, G. H., **Can Artificial Intelligence (“AI”) Replacer Human Arbitrators? Technological Concerns and Legal Implications**, en *J. Disp. Resol.*, 2021, n. 2, pp. 209-254, p. 221-224; PAISLEY, K. y SUSSMAN, E., “Artificial Intelligence Challenges and Opportunities for International Arbitration”, en *NYSBA New York Resolution Lawyer*, vol. 11, n. 1, 2018, pp. 35-40, p. 35; SZCZUDLIK, K., “Artificial intelligence application in alternative dispute Resolution – wishful thinking, or an inescapable post-crisis reality?”, en la obra *Legal and Technical Aspects of Artificial Intelligence* (Ed. Swierczynski, M. L. L.), Varsovia, University publishing house UKSW, 2021, p. 274.

de los árbitros⁹¹. Una limitación, sin embargo, no habría impedido el hecho de que, en nuestros días, ya se recurra a mecanismos de decisión automatizada, de sistemas expertos, así como que las partes y los árbitros se vean asistidos por herramientas de evaluación previa (“justicia predictiva”) y de predicción legal (“jurimetría”), por medio de las que se valore la viabilidad del procedimiento arbitral, e incluso se formulen propuestas sobre aspectos puntuales dentro del mismo⁹².

c) Por último, una tercera etapa (resultado directo de la generación de una IA “fuerte” todavía a la espera), contemplaría la aparición de la Justicia inteligente y, por tanto, del árbitro-robot (i-árbitro); resultando en la plena automatización del ACI⁹³. No obstante, a pesar de que se habrían dado ya los primeros pasos para la consecución de la segunda etapa, nos encontramos todavía con resultados meramente impresionistas en relación con la tercera. Y es que, hoy por hoy, la actual IA “débil” no puede reproducir totalmente las peculiaridades del razonamiento legal o empatizar (ni incluiría la muy humana inteligencia emocional) sino que únicamente sería capaz de describirlo (a partir de análisis estadísticos de los precedentes y cálculo de probabilidades); por lo que una aproximación cuantitativa como la descrita no resultaría plenamente equivalente a la que exige la actual práctica arbitral y el ideal de justicia que persigue, ni posible sin un precedente relativo a la cuestión debatida e incluso podría derivar en un riesgo de la “cristalización” de las decisiones, en un ámbito donde se parte de la premisa que cada disputa es única⁹⁴.

2.3. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ANTE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: OPORTUNIDADES Y LÍMITES

A la vista de lo expuesto, se podría concluir que nos situamos en los primeros pasos de la incorporación de la IA en el ACI, aunque la misma ya habría dado lugar a ciertos resultados reseñables, vislumbrándose un proceso ciertamente imparable en este ámbito. De ahí la oportunidad de analizar las ventajas y los límites que va a significar la introducción de la IA en el marco del ACI⁹⁵. Y es

91 Como las bases de datos: **Arbitration Intelligence** (accesible en: www.ArbitrationIntelligence.org), *Dispute Resolution Data* (accesible en: www.disputeresolutiondata.com) o *Global Arbitration Review Arbitrator Research Tool* (GAR ART) (accesible en: <https://globalarbitrationreview.com/arbitrator-research-tool>). Vid. MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 9-10; PAISLEY, K. y SUSSMAN, E., *op. cit.*, p. 38.

92 Con carácter general, BARONA VILAR, S., **Algoritmización del Derecho**, *op. cit.*, pp. 357-390. Al respecto del arbitraje, MONTESINÓS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial”, *op. cit.*, pp. 523-526. Tal y como serían, en el ámbito arbitral: Arbilex (accesible en: www.arbilex.co), RavelLaw (accesible en: www.ravellaw.com), Solomonic (accesible en: www.solomonic.com.uk), *Judge Analytics* (accesible en: <https://www.manupatrafast.com/Feature/Judge-Analytics-Law-Legal-Judgment-Ai.aspx>), *eBrevia* (accesible en: <https://ebrevia.com>) o *Luminance* (accesible en: www.luminance.com).

93 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, p. 23.

94 ALAIRE, B., NIBLETT, A. y YOON, A. H., *op. cit.*, p. 120; BARONA VILAR, S., **Algoritmización del Derecho**, *op. cit.*, pp. 585-587; MARTÍN-DÍZ, F., *op. cit.*, p. 397; GUZMÁN FLUJA, V. C., *op. cit.*, pp. 589-604; MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 16-18; MONTESINÓS GARCÍA, A., **Inteligencia Artificial**, *op. cit.*, p. 527; SZCZUDLIK, K., *op. cit.*, pp. 266 y 272.

95 PIER, M. y ASCHAUER, C., **Conclusion**, *op. cit.*, p. 286.

que las oportunidades que ofrece no se encontrarían carentes del riesgos y desafíos legales que habría que enfrentar, además de la propia expectación (e incluso resistencia) que se habría manifestado en el mundo del arbitraje; y ello, debido a que la penetración de la IA requeriría un cambio drástico en relación con algunas de las inercias que actualmente presiden el ACI, así como supondría plantear las incuestionables reformas que habría de implicar en el modelo de negocio arbitral hoy existente y su ordenación legal⁹⁶. En este ámbito se sitúan las distintas iniciativas institucionales para dotar de un marco ético y regulatorio seguro para la IA. Así las cosas, a continuación, se dará cuenta de las ventajas e inconvenientes que podría tener la IA en los distintos elementos del ACI.

2.3.1. Para el árbitro y las instituciones arbitrales

Los primeros retos que va a generar la IA en el ACI se refieren a la propia figura del árbitro (1), así como al papel que podría desempeñar su incorporación para las instituciones arbitrales (2). De ambos extremos nos ocuparemos seguidamente:

1) Para empezar, si fijamos nuestra atención en la figura del árbitro, son diversos los extremos en los que podría intervenir la IA, los cuales podrían ir desde su empleo para la selección y designación del árbitro más adecuado para el procedimiento arbitral en cuestión⁹⁷, a la colaboración con el mismo en la realización de acciones preparatorias (de búsqueda, análisis o redacción) puntuales⁹⁸, e incluso (con el advenimiento de la IA “fuerte”) a la posible aparición del árbitro-robot que asumiera directamente funciones decisorias. Por lo que el algoritmo podría, en un primer momento, asistir o actuar junto al árbitro-persona física (complementando su labor), pudiendo incluso llegar a sustituirlo (ya fuera parcial o totalmente) en un futuro. Una posibilidad que las partes deberían conocer de modo previo (al igual que habrían de conocer extremos como el alcance de tal sustitución, la posibilidad de supervisión humana o la posible revisión de las decisiones adoptadas por el árbitro-robot), para poder tomar una decisión informada y que a su vez resultara válida⁹⁹.

En principio, serían diversos los beneficios que pondrían derivarse de la incorporación de una IA autónoma que actuara como árbitro-robot, en términos de eficacia, eficiencia, imparcialidad y objetividad¹⁰⁰. Una intervención que

96 BARONA VILAR, S., *Inteligencia Artificial...*, *op. cit.*, p. 23.

97 MARTÍN-DIZ, F., *op. cit.*, p. 392; MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, p. 12; MONTESINOS GARCÍA, A., *Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 521-522

98 Así, plataformas como: *eBRAM* (accesible en: www.ebram.rog) o sistemas de IA como *Ross Intelligence* (accesible en: www.rossintelligence.com) o *IBM's Watson* (accesible en: www.ibm.com/watson).

99 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 21-22.

100 *Ibid.*, pp. 14-15.

podría incluso llegar a disputar la propia continuidad de la figura del árbitro-persona física, con la razonable expectación y la resistencia actualmente existentes en la comunidad arbitral¹⁰¹. Aunque no cabe duda de que un *software* inteligente facilitaría sensiblemente las tareas propias del árbitro, pudiendo llevarlas a cabo de forma más eficaz¹⁰², tal y como se aprecia ya en la práctica¹⁰³. En esta línea, la IA podría colaborar en el acceso a una gran cantidad información legal estructurada, al igual que ejecutar de modo automatizado algunas de las operaciones que el árbitro desarrolla actualmente; tal y como se podrían llevar a cabo en relación con la gestión de ciertos extremos del procedimiento arbitral, como serían: las comunicaciones con los partes del procedimiento, la transmisión de documentos o la presentación de pruebas; y ello, sin olvidar las posibilidades que la IA ofrecería al respecto del empleo de instrumentos predictivos para la redacción y emisión del laudo¹⁰⁴.

De ahí que la incorporación de la IA exigiría al árbitro-persona física la adquisición de nuevas competencias y recibir una formación tecnológica especializada, al igual que adopte determinadas cautelas para que no se vea comprometida su imparcialidad, neutralidad e independencia durante el procedimiento¹⁰⁵. Tal y como podría producirse en un entorno digital más interconectado, donde la actividad que pudiera desarrollar el árbitro-persona física durante el procedimiento arbitral en las redes sociales (tanto en sus perfiles profesionales como privados), pudiera llegar a comprometer su actuación profesional¹⁰⁶.

Junto a lo expuesto, serían diversos los retos legales a los que se enfrentaría el recurso a un árbitro-robot y que, en definitiva, precisarían de una clara acción normativa al respecto que lo contemplase de forma clara. Para empezar, para su aceptación, ésta debería contemplar que pudieran actuar como árbitros, no únicamente las personas físicas (naturales), sino que se adoptara una aproximación más amplia al concepto de “persona” (individuo), donde se incluyera al árbitro-robot. En esta línea, frente a la mención genérica al “árbitro” presente en la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras o las referencias indirectas que realiza el art. 11 de la Ley Modelo (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional

101 BARONA VILAR, S., **Maximización...**, *op. cit.*, p. 50; PIERS, M. y ASCHAUER, C., “Conclusion”, *op. cit.*, pp. 292-293. Sin embargo, McCARTY, L. T., “Finding the right balance in artificial intelligence and law”, en la obra *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Eds. Barefield, W. / Pagallo, U.), Chatelham, Edward Elgar, 2018, pp. 55-87, p. 87).

102 ALAIRE, B., NIBLETT, A. y YOON, A. H., *op. cit.*, pp. 122-123.

103 De este modo, herramientas como **Dispute Resolution Data** (accesible en: www.disputeresolutiondata.com), *Jusmundi* (accesible en: <https://jusmundi.com/en/>) o *Arbitrator Intelligence* (accesible en: <https://arbitratorintelligence.com>).

104 ALAIRE, B., NIBLETT, A. y YOON, A. H., *op. cit.*, pp. 121-122.

105 BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABDEN, A., *op. cit.*, p. 316; MARTÍN-DIZ, E., *op. cit.*, p. 393; PIERS, M. / ASCHAUER, C., **Conclusion**, *op. cit.*, p. 296.

106 BASSIRI, N., **Arbitrators and their Online Identity**, en la obra *Arbitration in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 246-249.

de 1985 (lo que, en ambos casos, equivaldría a su no exclusión)¹⁰⁷, hay que destacar las dispares exigencias y limitaciones existentes en el entorno comparado actual, donde llegando al extremo en algunos ordenamientos estatales se prevé expresamente que únicamente pueda actuar como árbitro una persona física (como en Brasil, Ecuador, España, Francia, Países Bajos, Perú, Portugal, Suecia o Turquía)¹⁰⁸. Una eventual incorporación de la IA que, a su vez, exigiría superar el paradigma actual según el cual la relación existente entre las partes y el árbitro se caracteriza por su naturaleza *intuitae personae*¹⁰⁹. Pues bien, llegado ese momento y si fuera del interés del legislador, resultaría conveniente generar un “identidad personal” propia a la IA “fuerte”, dotándole de una “personalidad jurídica electrónica” propia, al igual que establecer mecanismos de certificación que determinen su nivel de autonomía (y, por tanto, de responsabilidad)¹¹⁰.

También podrían suscitarse desafíos legales al respecto de su cuestionamiento por las partes y la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*¹¹¹, al igual que al respecto del proceso de toma de decisiones por parte del árbitro-robot. Así, por lo que hace a este segundo aspecto, podría verse comprometida su imparcialidad y neutralidad, frente a los eventuales conflictos de interés que pudieran producirse, en los supuestos en los que la IA se enfrentara paralelamente a varios procedimientos arbitrales, involucrando a litigantes que coincidieran en algunos de ellos¹¹². Al igual que podrían suponer un reto al respecto de las relaciones que su intervención podría generar (entre las partes, el árbitro-robot y las instituciones arbitrales)¹¹³, como por el empleo de las herramientas de “Justicia predictiva”. Así, por lo que haría a este último ámbito, por ejemplo, el empleo de estas tecnologías podría conducir a que se considerara una decisión del árbitro-robot de desestimación temprana de la demanda como escasamente fundamentada y atentatoria contra los derechos de defensa de los litigantes, tras haber acudido a un sistema de evaluación previa, por medio del que se produjera un cribado de los asuntos entrantes¹¹⁴.

En este mismo ámbito, igualmente podría verse cuestionada la toma de decisiones por parte del árbitro-robot, en aquellos supuestos en los que, ya fuera a raíz de factores endógenos (toma de decisiones) o exógenos al sistema (posibi-

107 Respectivamente en, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, nº 4739 y Documento de Naciones Unidas A/ 40/ 17, Anexo I, Suplemento nº 17. Enmienda de 2006 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documento de Naciones Unidas A/ 61/ 17, Suplemento nº 17).

108 KASAR, G. H., *op. cit.*, pp. 237-240; MARTÍN-DIZ, F., *op. cit.*, p. 393; MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 19-20; SZCZUDLIK, K., *op. cit.*, p. 276.

109 ABDEL WAHAB, M. S. y KATSH, E., *op. cit.*, p. 48.

110 Véase GUZMÁN FLUJA, V. C., *op. cit.*, pp. 580-582.

111 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, p. 21.

112 PIERS, M. y ASCHAUER, C., **Conclusión**, *op. cit.*, p. 294.

113 *Ibid.*, p. 294.

114 BIARD, A., *op. cit.*, p. 176.

lidad de piratería), se apreciara que la transparencia, neutralidad, objetividad e imparcialidad de la actuación de la IA podría haberse visto comprometida¹¹⁵. Y ello, en atención a los intereses de la persona (física o jurídica) que estuviera detrás del desarrollo de este *software* inteligente y los sesgos que le incorpore¹¹⁶. Así las cosas, habría que superar la opacidad en la toma de decisiones (que actuaría como una verdadera “caja negra” (*black box effect*), por medio de garantizar la transparencia y trazabilidad del proceso decisorio y la lógica que subyace en el algoritmo¹¹⁷, al igual que calibrar el nivel de decisión que se reservaría al algoritmo y prever una supervisión humana de tales decisiones (esto es, una IA centrada en el ser humano)¹¹⁸.

En consecuencia, resultaría imprescindible garantizar que la decisión del árbitro-robot (trazable y revisable), habría de ser conforme con principios esenciales como son: la tutela de la privacidad y de la gestión de los datos personales, la transparencia, la diversidad, la no discriminación y la equidad, la rendición de cuentas, así como la intervención y la supervisión humanas. En este sentido, ante el riesgo de que la decisión del árbitro-robot no fuera absolutamente autónoma, sino dependiente (respecto del desarrollador del algoritmo), así como debido a la carencia de una personalidad jurídica, se podrían producir dificultades y un indeseable nivel de inseguridad al respecto la eventual responsabilidad civil del algoritmo en tanto que árbitro-robot¹¹⁹.

2) De otro lado, aunque con un efecto beneficioso, las Instituciones Arbitrales también van a tener que adaptarse a los retos que va a implicar la irrupción de la IA en el ACI; tal y como ya lo están haciendo en relación con las TIC¹²⁰. Así, aunque expectantes, no hay que perder de vista que las instituciones arbitrales no van a renunciar a las ventajas que va a ofrecer esta herramienta tecnológica que, entre otros resultados, va a suponer una mayor eficiencia y ahorro de costes en el procedimiento arbitral, al igual que a abrir nuevos mercados para un ACI cada vez más accesible¹²¹.

Por un lado, la incorporación del árbitro-robot haría innecesaria la distinción actual entre el arbitraje *ad hoc* y el institucional¹²²; pudiendo incluso implicar el que tales instituciones tengan que manejarse con el árbitro-robot, en

115 KASAR, G. H., *op. cit.*, pp. 240-245; MARTÍN-DIZ, E., *op. cit.*, p. 394; MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 18-19.

116 MARTÍN-DIZ, E., *op. cit.*, p. 396-397.

117 BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABNDEN, A., *op. cit.*, p. 302; KASAR, G. H., *op. cit.*, pp. 229-232.

118 ABDEL WAHAB, M. S. / KATSH, E., *op. cit.*, p. 36; BIARD, A., *op. cit.*, p. 181; KASAR, G. H., *op. cit.*, p. 253; SCHMITZ, A. J., “Expanding...”, *op. cit.*, p. 152.

119 MONTESINOS GARCÍA, A., *Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 527-528.

120 SZCZUDLIK, K., *op. cit.*, p. 269.

121 ALAIRE, B., NIBLETT, A. y YOON, A. H., *op. cit.*, pp. 109 y 114; BARONA VILAR, S., “Inteligencia Artificial...”, *op. cit.*, p. 42.

122 ABDEL WAHAB, M. S. y KATSH, E., *op. cit.*, p. 55.

lugar del más tradicional árbitro-persona física¹²³ -distinguiéndose entre el “arbitraje humano” y el “arbitraje IA”¹²⁴-. Por otro lado, la incorporación de la IA va a hacer que las Cortes de Arbitraje se transformen en verdaderos proveedores de servicios, al incorporar labores de: formación, gestión de los datos personales, garantía de privacidad e intimidad de los contendientes, de los derechos de propiedad intelectual, al igual que certificadoras¹²⁵. Un marco donde se podría ver incrementada la especialización y la competencia entre instituciones arbitrales, destacando la elaboración de Códigos de conducta y de sistemas de certificación como elementos clave para resultaría especialmente aconsejable para el desarrollo de su labor y generar confianza entre los usuarios.

Las plataformas RLL están llamadas a convertirse en un elemento clave en este nuevo contexto tecnológico, a partir del que se va a consolidar la actividad de las instituciones arbitrales en relación con el ACI. Y ello, al desarrollar funciones de filtro, evaluación previa, asistencia en la negociación o evaluadora y comparadora de las distintas opciones. Por lo que resulta imperativo delimitar su papel en relación con el ACI, al respecto de extremos tales como: sus obligaciones, los principios que van a orientar su funcionamiento, la interacción con la parte humana y su control, al igual que su régimen sancionatorio y el relativo a la responsabilidad civil¹²⁶. Un sector donde, junto a iniciativas propias de la autorregulación (relacionado con la creación de Códigos de conducta o sellos de confianza)-, tendrían que establecerse obligaciones legales (tanto internacional, como internamente) que ofrezcan un nivel adecuado de certeza legal.

2.3.2. Para el procedimiento arbitral

También son evidentes las oportunidades y los retos que se pueden llegar a derivar de la incorporación de la IA en el ACI, por lo que respecta al procedimiento arbitral. Tal y como se apreciaría con respecto al convenció arbitral (1) y el propio procedimiento arbitral (2).

1) Así, por lo que respecta al convenio arbitral (una vez que ya se reconoce ampliamente la plena validez del convenio arbitral celebrado por medios electrónicos¹²⁷), el recurso a herramientas propias de IA podría asistir a sedes arbitrales y a árbitros, s su redacción, para evitar la inclusión de acuerdos ineficaces por poder estimarse como cláusulas patológicas¹²⁸. Y ello, a partir del recurso a herramientas

123 PIERS, M. y ASCHAUER, C., **Conclusion**, *op. cit.*, p. 293.

124 *Ibid.*, p. 297.

125 SCHÄFER, E., **Case Study: The Institutional Perspective**, en la obra *Arbitration in the Digital Age*, *op. cit.*, pp. 86-98, pp. 92-98.

126 BIARD, A., *op. cit.*, p. 180.

127 PALAO MORENO, G., *Arbitraje en contratos internacionales de transferencia de tecnología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 223-224.

128 MONTESINOS GARCÍA, A., “Inteligencia Artificial”, *op. cit.*, p. 521. Así, el *WIPO Clause Generator* que ofrece la OMPI (acce-

tecnológicas y de algoritmos que facilitarían la redacción asistida de los convenios arbitrales, no sólo al adaptarlos a los intereses de las partes y a las circunstancias del litigio, sino también por evitar los problemas (en términos de dilatación del litigio y nulidad del acuerdo) que pudieran derivarse de su confusa o incorrecta redacción¹²⁹.

2) Por su parte, al respecto del procedimiento arbitral, la incorporación de la IA en el ACI (como ya sucede con las TIC) ofrece diversas ventajas, ya que en definitiva tendría por finalidad tanto favorecer una mayor eficacia y eficiencia, como su simplificación y la reducción de todo tipo de costes. Y es que, unida a las TIC, la IA permitiría al árbitro y centros de arbitraje llevar a cabo una gestión y planificación automática y global del procedimiento arbitral al respecto de sus diferentes etapas y su realización¹³⁰, incidiendo en la gestión automatizada de aspectos como: la selección y designación de los árbitros, el inicio del arbitraje, el registro electrónico de las comunicaciones y de las sesiones, la organización y el análisis de los documentos y pruebas que permitan fijar el relato fáctico del conflicto, así como la intervención de los testigos y peritos¹³¹. De igual modo, estas ventajas se extenderían a las partes y sus abogados, para la preparación del procedimiento¹³². Unas posibilidades que habrían de pasar, en todo caso, por una interpretación y eventual actualización de las reglas relativas al procedimiento arbitral¹³³. Por lo que, en definitiva, y debido a sus posibles beneficios, habría de garantizarse su accesibilidad y superar la actual “brecha digital”, facilitando su empleo¹³⁴. No obstante, su alcance dependerá en último extremo de si esta tecnología disruptiva se utiliza como una mera herramienta (IA “débil”), o con capacidad predictiva y decisoria (IA “fuerte”).

Asimismo, el recurso a la IA en el ACI puede incorporar ciertos retos al respecto de extremos de significativa importancia relacionados con la regularidad del procedimiento y la tutela de los derechos de las partes. En este sentido, la intervención del árbitro-robot podría derivar en irregularidades en el procedimiento o suponer una vulneración de los mencionados derechos que provocara una acción de anulación (sino incluso dificultar la ejecución internacional del laudo)¹³⁵. De ahí que, además de control judicial que supone la acción de anulación,

sible en: <https://www.wipo.int/amc/apps/clause-generator/>), el *CaseBuilder* de la American Arbitration Association (accesible en: www.clausebuilder.org) o el *Kira Systems* (accesible en: www.kirasystems.com).

129 ABDEL WAHAB, M. S. y KATSH, E., *op. cit.*, pp. 46-48; WANG, F. F., *op. cit.*, pp. 157.

130 CATALÁN CHAMORRO, M. J., *op. cit.*, p. 320; MONTESINOS GARCÍA, A., *Inteligencia Artificial*, *op. cit.*, pp. 522-523; WANG, F. F., *op. cit.*, pp. 159.

131 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 12-13; PIERS, M. y ASCHAUER, C., *Conclusion*, *op. cit.*, p. 289.

132 GUZMÁN FLUJA, V. C., *op. cit.*, p. 586.

133 PIERS, M. y ASCHAUER, C., *Conclusion*, *op. cit.*, p. 286.

134 BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABNDEN, A., *op. cit.*, p. 317.

135 *Ibid.*, pp. 303-304; PIERS, M. / ASCHAUER, C., *Conclusion*, *op. cit.*, p. 288.

de nuevo se plantearía la conveniencia de supervisión humana de la actuación del árbitro-robot, para evitar que la “cuarta” parte del procedimiento arbitral pasase a ser la “única” parte en el mismo¹³⁶.

En otro orden de ideas, las diferencias existentes entre el arbitraje interno e internacional se verían minimizadas con la incorporación del árbitro-robot, por lo que respecta a las peculiaridades del procedimiento. En este sentido, gracias a la IA se podrían ver superadas las diferencias lingüísticas propias del ACI (gracias al recurso a herramientas de traducción e interpretación), facilitando el manejo de los casos, y la gestión del procedimiento de forma automatizada, al respecto de las intervenciones de las partes, los testigos y peritos, como la incorporación y preparación de documentos y pruebas. A este respecto, podría suceder que la distinta velocidad de incorporación de las mencionadas tecnologías (y las correspondientes previsiones legales en los ordenamientos internos) agregaría un nuevo elemento competitivo entre las distintas sedes arbitrales. Un elemento, el de la localización de la sede, que ganaría en importancia y que resultaría conveniente designar en el convenio arbitral¹³⁷.

2.3.3. Para el laudo arbitral

Una vez finalizado el procedimiento arbitral, en el que o bien se han empleado herramientas de la IA o bien ha intervenido un árbitro-robot, también son varios los retos que podrían suscitarse al respecto del laudo arbitral y que preocupan a la comunidad arbitral¹³⁸. Los cuales pueden afectar tanto a la emisión del propio laudo (1), como a su ejecución (2), incluidos los supuestos internacionales (3).

1) Por un lado, de la incorporación de la IA en la emisión del laudo podrían derivarse reseñables beneficios. A este respecto, tal como se ha señalado, su empleo en esta fase conclusiva podría favorecer tanto la toma de decisiones automatizadas por parte del árbitro-robot (no ya sólo al respecto de los distintos elementos y etapas del procedimiento arbitral, sino incluso sobre el fondo del litigio en el laudo definitivo), al igual que ofrecer al árbitro los elementos necesarios y de forma estructurada para que estos adopten la resolución más adecuada, tras su análisis de las circunstancias y los precedentes existentes; e incluso asistirle en la redacción de partes del mismo, con el objetivo de su integración en el laudo que se dicte. De este modo, con la incorporación de las herramientas de la IA se podría llegar a reducir los tiempos en el proceso de análisis, reflexión y toma de

136 SCHMITZ, A. J., *Expanding...*, *op. cit.*, p. 154.

137 PALAO MORENO, G., *El lugar de Arbitraje y la “deslocalización” del Arbitraje Comercial Internacional*. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 130, 2011, pp. 171-205.

138 SZCZUDLIK, K., *op. cit.*, p. 266.

la decisión que derivara a la emisión del laudo, favoreciendo que en la etapa final del procedimiento arbitral se ganara en eficiencia y eficacia¹³⁹.

En línea de principio, por un lado, la incorporación de la IA en la toma de decisiones (o en su preparación) no tendría por qué plantear graves problemas, principalmente cuando se tratara de cuestiones simples y repetitivas, más aún cuando resultara necesario manejar una gran volumen de información estructurada¹⁴⁰. De hecho, ya son varias las iniciativas existentes, operando al respecto de litigios simples y de escasa cuantía¹⁴¹. Aunque, en todo caso y según se ha expuesto con anterioridad, ante su intervención en el ACI habría de exigirse no sólo una supervisión humana, sino también garantizar la trazabilidad de la resolución alcanzada por el algoritmo. Sin embargo, mayores problemas legales suscitaría en este ámbito la tradicional exigencia de la motivación del laudo, a partir de la cual se haría necesario que el árbitro-robot no sólo ofreciera una propuesta de resolución del litigio, sino que también se tuviera que detenerse en su fundamentación (incluso cuando resolviera *ex aequo et bono*)¹⁴². Una necesidad de motivación que pasaría, en consecuencia, por modificar el normal funcionamiento del algoritmo y de la toma de sus decisiones según un modelo de “caja negra” carente de explicación, a favor de otro donde tuviera que explicitar las motivaciones que subyacen en su razonamiento y en la toma de decisiones¹⁴³.

Como también podría generar dificultades la necesidad legal de que conste la firma manuscrita del árbitro en el mismo, como todavía se exige en el art. IV.1, a) de la Convención de Nueva York de 1958. Un extremo que, sin embargo, se encuentra en fase de resolución y aceptación de su forma electrónica, desde una perspectiva internacional y comparada¹⁴⁴. En esta línea, hay que tener en consideración que uno de los objetivos esenciales habría de ser la de generación de confianza en los usuarios del ACI, para favorecer el empleo de la IA en este contexto. Por lo que, llegado el momento, se podría prever, cuando fuera una IA la que gestionara el procedimiento arbitral, la posibilidad de sancionar una certificación electrónica del laudo arbitral, por medio de los que permitieran garantizar a los litigantes: tanto que la toma de decisiones por parte del árbitro-robot se habría adoptado según unos determinados estándares éticos y de calidad, como que se habría garantizado la tutela de los derechos de los contendientes durante

139 BARONA VILAR, S., *Inteligencia Artificial*, op. cit., pp. 41-42; MARTÍN-DIZ, E., op. cit., p. 393; MONTESINOS GARCÍA, A., *Inteligencia Artificial*, op. cit., p. 523.

140 BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABNDEN, A., op. cit., p. 305; SZCZUDLIK, K., op. cit., p. 271.

141 Así, *Smart Settle* (accesible en: www.smartsettle.com), *Adjusted Winner* (accesible en: <https://pages.nyu.edu/adjustedwinner/>) o *Mondria* (accesible en: <https://aaa-nynf.modria.com/>).

142 KASAP, G. H., op. cit., pp. 248-251; BUYLE, J. P. y VAN DEN BRABNDEN, A., op. cit., p. 303; MONTESINOS GARCÍA, A., *Inteligencia Artificial*, op. cit., p. 527; SZCZUDLIK, K., op. cit., p. 275.

143 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., op. cit., pp. 17-18.

144 Téngase en cuenta tanto la antes mencionada reforma de la Ley Modelo en 2006, como la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del Art. II y del párrafo 1) del Art. VII CNY 1958 (Res. AG de la ONU, A/ RES/ 61/ 33). Véase WOLFF, R., “E-Arbitration Agreements and E-Awards: Arbitration Agreements Concluded in an Electronic Environment and Digital Arbitral Awards”, en la obra *Arbitration in the Digital Age*, op. cit., pp. 151-181.

el procedimiento arbitral –una posibilidad de certificación que, de nuevo, subrayaría el significado que poseería la sede del arbitraje-¹⁴⁵.

2) Por otro lado, las ventajas que ofrecería la incorporación de la IA al ACI también son susceptibles de presentarse por lo que respecta a la ejecución automatizada del laudo arbitral¹⁴⁶. En este sentido, para empezar, hay que tener en cuenta que el ACI puede verse directamente relacionado con la actual Economía digital y el Comercio electrónico. En consecuencia, cabría plantearse la posibilidad de que se produzca una ejecución privada del laudo arbitral. Y ello, a modo de ejemplo, por medio de la consecución de medidas de carácter puramente digital, como podrían ser un cargo en la cuenta bancaria de la que fuera titular la parte condenada, más cuando este sujeto hubiera empleado un medio de pago virtual. Un escenario que, en definitiva, podría tener como resultado el fomentar el empleo de mecanismos coercitivos distintos a los propios de la Justicia estatal, así como la eventual “privatización” de la Justicia por lo que respectara a la ejecución del laudo arbitral¹⁴⁷. Por lo que, una vez más, se ha de subrayar la necesidad de que se ejerza un control humano sobre la acción del árbitro-robot, también en sede de ejecución, para evitar posibles abusos y extralimitaciones.

3) Junto a ello, igualmente podrían suscitarse dificultades, por lo que respecta a los supuestos de ejecución internacional de los laudos arbitrales emitidos por un árbitro-robot. Y ello, en atención de algunos de los causales presentes en el art. V de la Convención de Nueva York de 1958. Tal y como sucedería, entre otros, cuando el acuerdo no fuera válido en atención a lo previsto en ordenamiento del país de la sede, destacando la importancia de la designación de la sede en estos supuestos (art. V.1, a); cuando su intervención condujera a estimar la incorrecta composición del tribunal arbitral o que de su intervención hubiera resultado en la vulneración de los derechos procesales de las partes, porque en el convenio no se hubiera previsto la participación de un árbitro-robot o que en el tribunal no se hubiera contemplado su incorporación (art. V.1, d); o incluso que se hubiera atentado contra el orden público, por haber sido dictado por un árbitro-robot o por verse comprometida la independencia e imparcialidad del árbitro persona natural por intervenir la IA (art. V.2. b)¹⁴⁸.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: COMPLEMENTO Y DESAFÍO

Durante las últimas tres décadas, el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) se ha convertido en una relevante disciplina jurídica. Tal importancia

145 BIARD, A., *op. cit.*, pp. 185-187; PIERS, M. y ASCHAUER, C., *Conclusion*, *op. cit.*, pp. 297-298.

146 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 13-14.

147 KOULU, R., *op. cit.*, pp. 11-12 y 15-18; PIERS, M. y ASCHAUER, C., *Conclusion*, *op. cit.*, p. 290.

148 MÉNDEZ ZAMORA, E. E., *op. cit.*, pp. 21-22; SZCZUDLIK, K., *op. cit.*, p. 277-278.

deviene de la conjunción de intereses dado que, por un lado, los Estados (receptor y el de origen del inversionista) requieren atraer flujo de inversión extranjera directa y de garantizar brindar un trato adecuado a los inversores foráneos, conforme a los estándares materiales y procesales que el Derecho Internacional les acuerda. Por otro, el de los inversionistas, que asumen importantes riesgos al momento de decidir invertir más allá de sus fronteras, quienes requieren certeza jurídica y económica para emprender sus operaciones¹⁴⁹. Esto ha generado la celebración de un importante número de tratados bilaterales y de capítulos especiales incorporados en tratados de libre comercio -según informa la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo – UNCTAD), en los cuales convergen todas las visiones comentadas para incentivar el flujo transfronterizo de la inversión extranjera directa¹⁵⁰.

En buena parte de esos tratados se establecen mecanismos de solución de conflictos. Generalmente se establece una primera fase de negociación entre 30 a 60 días para que las partes lleguen a un posible acuerdo. Incluso, algunos tratados más recientes incluyen una cláusula de prevención de controversias con la participación de *Ombudsmen* y comités conjuntos (tal como ocurre con Brasil y sus acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones celebrados desde 2015¹⁵¹). Agotada esta fase sin que lleguen a un acuerdo, el problema puede solucionarse entre Estados directamente a través de un arbitraje de Derecho internacional público; y, si así está estipulado en la normativa aplicable, puede resolverse también el conflicto entre Estados e inversionistas extranjeros, donde estos últimos escogen alternativamente demandar por la vía judicial ante los órganos jurisdiccionales del Estado receptor o por la vía arbitral, a través de un tipo de arbitraje muy especializado denominado arbitraje de inversiones.

La utilización del arbitraje inversor – Estado ha ido aumentando paulatinamente durante las últimas décadas. Las estadísticas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) así lo evidencian. En efecto, CIADI ha anunciado el registro de un número récord de casos durante los dos últimos años¹⁵². Estos arbitrajes han acaparado la atención debido al interés público involucrado en estos litigios:

149 SALACUSE, J., **The law of investment treaties**. Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 52

150 UNCTAD, International Investment Agreement Navigator. *Investment policy hub*, 2022 (accesible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>). ESIS VILLARROEL, I., **El análisis de la actuación estatal en supuestos de expropiación indirecta de inversiones foráneas, tras una década de práctica arbitral**, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2022, n. 36, p. 43.

151 A modo ilustrativo véanse los Arts. 13 y 14 del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de India. MOROSINI, E., ROCHA GABRIEL, V. y COSTA, A., **Solução de Controvérsias em Acordos de Investimento: as experiências do CPTPP, CETA e dos ACFTs**, en *Revista de Direito Internacional*, Vol. 17, n. 1, 2020, pp. 292-309.

152 ICSID, **The ICSID Caseload Statistics. Issue 2022-1**, Washington, World Bank, 2022, p. 7 (accesible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/The_ICSID_Caseload_Statistics_1_Edition_ENG.pdf).

desde el escrutinio que realizan algunos tribunales arbitrales sobre las acciones y omisiones del Estado receptor demandado, reclamadas por los inversores como violatorias de alguna de las garantías materiales ofrecidas en el tratado de inversión aplicable¹⁵³; la exigencia de legitimidad y la transparencia de los procesos arbitrales, que ha llevado a modificar las reglas de arbitraje de las principales instituciones arbitrales y a la creación de una corte de inversiones¹⁵⁴; así como la preocupación de los ciudadanos y las autoridades estatales por la deuda pública externa no financiera generada por los laudos arbitrales condenatorios¹⁵⁵.

Ahora bien, tal como ocurre con los otros métodos de solución de controversias y en otras áreas del conocimiento¹⁵⁶, la irrupción de la IA ha traído importantes desafíos en el ámbito del arbitraje -en general- y en el de inversiones -en particular-. La IA es entendida generalmente como sistemas o programas que desarrollan actividades mentales simulando la capacidad del razonamiento humano¹⁵⁷. Nos preguntamos: ¿es posible que las partes involucradas consientan la utilización de la IA en estos litigios? ¿Es la IA una herramienta para los árbitros y para las partes o, incluso, podría suplir la labor de un árbitro? Tal como adelantamos en un trabajo anterior¹⁵⁸, pensamos que -por los momentos- lejos de sustituir el trabajo de un decisor humano, la IA es una valiosa herramienta que permite agilizar el trabajo de investigación de árbitros y de abogados. Gracias a ella, se están mejorando los servicios de asesoramiento jurídico a los clientes, hace más eficiente el desempeño de las instituciones arbitrales en la administración de casos, permite y facilita la elección de los árbitros que conocerán y decidirán los litigios, así como mejora los plazos de tiempo y costos tanto en la fase probatoria del proceso arbitral como en la redacción de los laudos arbitrales.

3.1. LA IA COMO HERRAMIENTA

En virtud del interés público de los asuntos de los ventilados y de la necesidad de que los ciudadanos conozcan lo que ocurre cuando es demandado su Estado, se

153 DE BRANBANDER, E., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law. Procedural aspects and implications*. Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 151; ESIS VILLARROEL, I., “El análisis de la actuación estatal...”, *op. cit.*, p. 44.

154 MOROSINI, F., ROCHA GABRIEL, V. Y COSTA, A., *op. cit.*, pp. 304-306; FERNÁNDEZ-MASIÁ, E., **El rechazo en la Unión Europea del arbitraje de inversiones y su incidencia en la reforma que se está llevando a cabo en la CNUDMI sobre la resolución de controversias inversor-Estado**, en la obra *Psicoanálisis del Arbitraje*, *op. cit.*, pp. 385-391, pp. 387-391.

155 FEBLES POZO, N., **La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones**, en *Vniversitas*, 2020, n. 69, pp. 1-13, pp. 1-4; PALUMA, T., ESIS, I. Y BRICENO, G., “El (largo) camino de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de inversión”, en *Revista de Derecho Internacional*, 2020, Vol. 17, n. 3, pp. 558-577.

156 GABRIEL, I., **Toward a theory of justice for artificial intelligence**, en *Daedalus - Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, “*AI & Society*”, 2022, Vol. 151, n. 2, pp. 218-231.

157 NAVAS NAVARRO, S., **Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones**, en la obra *Inteligencia artificial Tecnología Derecho*. México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 23-72.

158 ESIS VILLARROEL, I., **La inteligencia artificial y el arbitraje comercial internacional: ¿complemento o sustitución?**, en la obra *Inteligencia artificial y Derecho: Desafíos y perspectivas* (Eds., Azuaje, M. y Contreras, P.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 417-436.

ha invocado la “transparencia” entendida como la publicidad de las actuaciones procesales y del laudo arbitral¹⁵⁹. Desde hace años, CIADI ha venido publicando en su página web, previo acuerdo de las partes, la identidad de las partes y de los árbitros, el sector económico involucrado, los reclamos y alegatos presentados y los laudos arbitrales tanto de jurisdicción como sobre los méritos de cada caso. Estos los laudos públicos han sido difundidos en sitios web especializados¹⁶⁰.

Asimismo, la transparencia también ha sido impulsada por la UNCITRAL para promover la legitimidad de los arbitrajes. De allí que, en 2014, se dictó el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado entablados en el Marco de un Tratado de Inversión de UNCITRAL (Reglamento de Transparencia) y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio). A partir de toda esta normativa se creó un archivo titulado *Transparency Registry* en la página web de la UNCITRAL en el cual reposan las informaciones y documentos más relevantes de este tipo de procesos arbitrales¹⁶¹.

La publicidad de los laudos arbitrales de inversión a lo largo de los años ha permitido conocer la *ratio decidendi* de cada tribunal arbitral respecto a aspectos jurisdiccionales y sustantivos contenidos en cada litigio, atendiendo a los tratados especiales aplicables y también al derecho interno del Estado receptor de la inversión. Esta información ha permitido a los equipos negociadores de los Estados a mejorar la redacción de los nuevos tratados de inversiones. Y, también, ayuda a los abogados para preparar una mejor defensa de las partes ante este arbitraje tan especializado y también para identificar los criterios de orientación sobre cómo están siendo interpretados en la práctica conceptos básicos como “inversión” o “inversionista; el perfeccionamiento del consentimiento de las partes a este mecanismo de solución de controversias, así como la interpretación (extensiva o restrictiva) del ámbito de aplicación de estándares sustantivos como: el trato justo y equitativo, el trato de nación más favorecida, la plena protección y seguridad o la expropiación indirecta.

Incluso, gracias a dicha publicidad y también a los análisis que se han generado a partir de los laudos, es posible identificar a potenciales candidatos a árbitros, en función de sus decisiones arbitrales previas y conocimiento experto. Toda esta data es la requerida para los modelos de IA. De ahí que no sea casual la existencia de buscadores especializados -muchos, previo pago de una suscripción- con especial énfasis en jurimetría. Esta herramienta que permite identificar las

159 SILVA ROMERO, E., **Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional**, en *Lima Arbitration*, 2013, p. 49.

160 Como: <https://https.italaw.com>, <https://www.iareporter.com/> y <https://new.investorstatelawguide.com/>.

161 Accesible en: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>

materias litigiosas, sectores económicos involucrados, actos estatales reclamados, decisión de los tribunales (a favor o en contra del Estado), estadísticas y otros datos. Ejemplo de ello responde al sitio especializado *JusMundi*¹⁶².

El estudio coordinado por Queen Mary University of London y el despacho de abogados White & Case titulado *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world*, revela que en el arbitraje comercial internacional 41% de los entrevistados expresaron que han utilizado en forma frecuente o muy frecuente la IA, mientras que el restante 59% indicó que poco o nunca habían hecho uso de ella¹⁶³. Esta data es significativa del impacto que progresivamente ha tenido la tecnología en este ámbito, cuando años atrás era casi un desafío poder incorporarla¹⁶⁴.

En el arbitraje de inversiones, consideramos que -al menos por los momentos- no es necesario modificar tratados o leyes especiales. La IA puede ser utilizada para mejorar la investigación legal útil para la preparación de las memorias de demanda y contestación de la demanda arbitral y otros escritos relevantes, así como para revisar y seleccionar posibles candidatos a árbitros, abogados y expertos. En efecto, existen buscadores especializados creados con este propósito como *Arbitration Intelligence* o el mencionado *Jus Mundi*, previo pago de una suscripción. Para el arbitraje comercial internacional existe *Dispute Resolution Data*¹⁶⁵.

Ahora bien, es importante la anuencia de las partes y la autorización de los tribunales arbitrales para permitir el uso de la IA durante el proceso en resguardo del derecho a la defensa¹⁶⁶. Pensamos en su utilización, por ejemplo, para algunos aspectos de la fase probatoria como la transcripción automática de testimoniales, informes orales de expertos y revisión documental¹⁶⁷. Esto es posible gracias a la libertad probatoria concedida por los tratados (salvo que se indique lo contrario) y por los reglamentos de las instituciones arbitrales que normalmente administran este tipo de litigios. De conformidad con el Art. 44 del Convenio de Washington, los arbitrajes administrados por CIADI deben tramitarse conforme a las disposiciones del tratado y de las Reglas procesales de arbitraje vigentes para la

162 Accesible en: <https://jusmundi.com/en/>

163 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON y WHITE & CASE, *2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world* (accesible en: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf).

164 ESIS, I., *El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional*, en *Revista de Direito Internacional*, 2019, Vol. 16, n. 1, pp. 36- 52.

165 Accesible en: <https://www.disputeresolutiondata.com/>

166 SINGH CHAUHAN, A., *Future of IA arbitration: the fine line between fiction and reality*, en *Kluwer Arbitration Blog* (accesible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/09/26/future-of-ai-in-arbitration-the-fine-line-between-fiction-and-reality/>).

167 MOREL DE WESTGAVEN, C., *Artificial Intelligence, a driver for Efficiency in International Arbitration – How Predictive Coding Can Change Document Production*, en *Kluwer Arbitration Blog* (accesible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/23/artificial-intelligence-a-driver-for-efficiency-in-international-arbitration-how-predictive-coding-can-change-document-production/>).

fecha en que las partes prestaron su consentimiento a este mecanismo de solución de controversias. Y, si se presenta algún asunto de procedimiento no previsto por las reglas aplicables, será resuelto por el tribunal arbitral. Las nuevas reglas de arbitraje del CIADI (2022) conceden libertad probatoria a las partes y al tribunal arbitral, así como potestad a este último para solicitar documentos o cualquier otro medio de prueba en cualquier fase del procedimiento.

3.2. LA IA COMO ÁRBITRO EN UN FUTURO ¿POSIBLE?

Una de las funciones de la IA responde a su uso en la redacción de las decisiones arbitrales. Se trata de un aspecto bastante discutido y considerado como el punto de resistencia del arbitraje a la IA. Nos referimos a si ¿podría un árbitro robot tomar las decisiones en lugar de un humano? Nuestra respuesta sigue siendo la misma expresada en 2021 y es que no dudamos que esto suceda a futuro¹⁶⁸. Los programas de IA se caracterizan por ser racionales y, muy probablemente, en las próximas décadas superarán el juicio crítico imperfecto de un humano¹⁶⁹.

Sin embargo, en la actualidad el rol de la IA en el arbitraje es de complemento al árbitro humano, como apoyo para dictar sus decisiones. Es un escenario distinto a lo que sucede con los arbitrajes de consumo, donde son fácilmente identificables los tipos de problemas que se presentan y la frecuencia con la cual se suscitan. En el arbitraje de inversiones la situación es diferente dado que se trata de litigios muy complejos y donde las partes prefieren árbitros humanos. A ello se suma la compleja red de fuentes potencialmente aplicables, los hechos de cada caso, el escrutinio e interés público de los problemas que en ellos se ventilan, todo lo cual hace que no resulte tan simple que los Estados admitan que un árbitro robot sea quien tome las decisiones¹⁷⁰.

Se advierte en este sentido otro riesgo no muy fácil de mitigar: la existencia de posibles sesgos. No es la misma percepción la que tiene el inversor extranjero que reclama la potencial violación de garantías contenidas en el tratado aplicable, que la que pueda tener el Estado receptor. Como tampoco es igual la apreciación de los árbitros y sus decisiones a favor o en contra de alguna de las partes¹⁷¹. Estas percepciones influyen y esa información es procesada por el algoritmo para

168 ESIS VILLARROEL, I., *La inteligencia artificial y el arbitraje comercial internacional*, *op. cit.*, p. 427.

169 SCHERER, M., *How artificial intelligence will change dispute resolution?*, en *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2019, pp. 503-514, p. 510; BARONA VILAR, S., "Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje", *op. cit.*, p. 24.

170 KASAP, G. H., *op. cit.*, pp. 223-225.

171 PAISLEY, K. y SUSSMAN, E., *op. cit.*, p. 37; SCHERER, Maxi (2019a): **Artificial intelligence and legal decision-making: the wide open? Study on the example of international arbitration**, Legal Studies Research Paper No. 318. London: Queen Mary University of London, School of Law, pp. 1-32.
SCHERER, M., "Artificial intelligence and legal decision-making: the wide open? Study on the example of international arbitration", en *Legal Studies Research Paper* 2019, n. 318, Londres, Queen Mary University of London, School of Law, pp. 1-32, pp. 19-20.

predecir comportamientos y posibles decisiones. En efecto, los algoritmos responden a las instrucciones particulares que se desarrollan en estos programas o sistemas para dar solución a los casos¹⁷².

Como no son herramientas perfectas, es posible que el árbitro robot termine decidiendo más por las predicciones de la máquina basadas en el sesgo del programador o en las estadísticas de casos decididos a favor del Estado o a favor del inversor, antes que por los hechos y supuestos legales del caso concreto¹⁷³. Si bien existe una IA cada vez más avanzada y que aprende por sí misma, el problema radica en que no se sabe a ciencia cierta cómo la máquina, cognitivamente hablando, puede llegar a tener resultados positivos comparado con un decisor humano, porque ella no explica las razones por las cuales llega a su decisión ni tiene la misma sensibilidad que un árbitro de carne y huesos con inteligencia emocional¹⁷⁴. De ahí que se hace necesario establecer a futuro, por un lado, reglas de transparencia en el sistema algorítmico que en el futuro llegue a ser utilizado, de manera que las partes logren entender el razonamiento de la máquina¹⁷⁵. Y, por otro, tal como refiere el Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL, es menester establecer códigos de ética en el uso de esta tecnología como ente decisor¹⁷⁶.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En una evaluación en torno a la confiabilidad de la IA en el rubro dedicado al bienestar social y, por ende, los marcos de la ética y la moral, habría que evaluar si se tomaron medidas para mitigar el riesgo de manipulación o si se minimizó el daño social potencial y, con ello, si se aseguró que el sistema no tenga un impacto negativo.

En ese sentido, tal y como se ha proyectado en este trabajo, deberíamos:

- 1) Aprender lecciones negativas pasadas, visualizando y descartando sesgos que provocan discriminación en el empleo o pérdidas humanas ante el uso de sistemas de armas autónomas, o ante “decisiones” de automóviles sin conductor,

172 MERCADER UGUINA, J. R., **Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo**. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 18; BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*, *op. cit.*, pp. 99-100; NAVAS NAVARRO, S., *op. cit.*, pp. 24-25.

173 KASAP, G. H., *op. cit.*, p. 225; MAXWELL, W., GOUIFFES, L., VANNIEUWENHUYSE, G., **The future of arbitration: New technologies are making a big impact — and AI robots may take on “human roles”**, *Hogan Lovells Publications*, 21. 2. 2018 (accessible en: <https://www.hoganlovells.com/en/publications/the-future-of-arbitration-ai-robots-may-take-on-human-roles>).

174 KASAP, G. H., *op. cit.*, p. 236; KASAP, G. H., *op. cit.*, p. 236; OJEDA VILLAMAR, R., **¿Es viable aplicar inteligencia artificial en el arbitraje?**, *Enfoque Derecho*, 16. 4. 2021 (accessible en: <https://www.enfoquederecho.com/2021/04/16/es-viable-aplicar-inteligencia-artificial-en-el-arbitraje/>); SCHERER, M., “How artificial intelligence will change dispute resolution?”, *op. cit.*, pp. 511-512.

175 BARONA VILAR, S., **Algoritmización del Derecho y de la Justicia**, *op. cit.*, p. 131; PALAO MORENO, G., “El arbitraje comercial en línea en la era de inteligencia artificial”, *op. cit.*, pp. 458-459.

176 UNCITRAL, **Informe del Coloquio sobre la Posible Labor Futura en Materia de Solución de Controversias celebrado durante el 75º período de sesiones del Grupo de Trabajo II** (Nueva York, 28 de marzo a 1 de abril de 2022), p. 6 (accessible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V22/003/00/PDF/V2200300.pdf?OpenElement>).

entre algunos de los ejemplos más conocidos. ¿Cómo hacerlo? Invirtiendo en una búsqueda analítica de sesgos, detectarlos y mitigarlos/erradicarlos si están correlacionados con sesgos dañinos, ya sean directos o indirectos; 2) Proteger nuestros datos privados, descartando la comercialización de los mismos; 3) Revisar y manejar correctamente la información sensible; 4) Analizar patrones individuales, descartando los generales; 5) Diseñar de manera colaborativa, multidisciplinar -y multicultural- cómo revisar el proceso, en donde es crucial la formación constante de quienes trabajan en entornos de ética e IA; y 6), por último, una cuestión insoslayable e inaplazable, establecer consejos de ética, en empresas y universidades, para la investigación con presupuestos con dicha perspectiva en donde se permita elaborar un sistema de evaluación en donde haya registro, certificación e incluso rendición de cuentas o auditoría.

Las tecnologías de IA están en constante evolución y deben ir acompañadas constantemente de la ética como un proceso dinámico para garantizar que los derechos humanos y las libertades fundamentales estén siempre protegidos. Hablamos de promover los usos positivos y mitigar los efectos nocivos de la investigación y el desarrollo de la IA, con estándares claros y viables que guíen a un futuro tecnológico en pro del bienestar de las personas y la sociedad. Para ello, los entornos de investigación, dentro de las propias corporaciones o dentro de la academia, demandan una serie de deberes y responsabilidades que cubra con neutralidad todos los flancos.

No olvidemos que uno de los grandes problemas que entraña (un mal manejo de) la IA, los algoritmos, es el poder y lo que quiera hacer el dueño del código y su implementación a las personas. Se plantea, por los hechos, una asimetría de poderes ante un daño algorítmico en donde no hay la posibilidad de una “apelación”, como si de un recurso judicial se tratara, y en donde la responsabilidad moral o ética aún no está procesada, ni guiada, ni codificada, ni regulada. Un pendiente urgente porque, por el momento, reiteramos que no hay algoritmos que definan lo que es justo. El ser humano, quien debe estar al centro, debe tomar el control, de una manera consciente e inteligente, la multi-mencionada ecuación entre IA/IH.

Durante las últimas décadas se han sucedido reformas normativas tendientes a sacar el máximo partido de las TICs, a los que se suma ahora la irrupción de la IA –en tanto que un instrumento decisivo para lograr el pleno desarrollo del arbitraje Comercial en línea-. El carácter disruptivo de esta tecnología -al margen de las ventajas que ofrece en términos de eficiencia y eficacia en un medio global-, obliga a tener presente los retos que van a suponer para la industria del arbitraje y los cambios que va a traer en la forma que actualmente se arbitra. Algo que exige generar un marco jurídico facilitador donde se favorezca la colaboración entre instituciones públicas y actores privados, con el fin de superar las inquietudes y

resistencias que genera la incorporación de la IA en el mundo arbitral, así como para incrementar la confianza de sus usuarios.

Esta acción normativa que, además de necesitar un marco ético que rijan la actuación del algoritmo, debe llevarse a cabo con inteligencia y bajo la supervisión humana que, además de facilitar el acceso a la justicia, garantice la tutela de los derechos de los contendientes. Y ello, debido a que una mayor eficiencia en el procedimiento arbitral en línea -gracias a la incorporación de las herramientas de la IA- no ha de ser considerada como el único fin, sino que debe verse conectado con los valores que subyacen a la gestión de los conflictos, así como con el objetivo de que, en el ámbito arbitral, se humanice a los robots y no se robotice la justicia humana.

En esta línea, en el presente estudio se han ofrecido diversas propuestas con las que se persigue equilibrar los beneficios y retos que supone la incorporación de la IA en el arbitraje comercial en línea. Así, consciente de los desafíos que su uso puede implicar en la práctica, la postura adoptada en las líneas que preceden ha sido la de no entender su irrupción como una amenaza, sino analizar como la IA puede llegar interactuar con el arbitraje, aprovechando su potencialidad de modo respetuoso con los principios inspiran este procedimiento. Su alcance, sin embargo, va a depender de la evolución tecnológica hacia la plena robotización del arbitraje. Un resultado que parece imparable, pero que resulta difícil de predecir para un simple humano.

El arbitraje de inversiones no escapa a la irrupción de la IA. En la actualidad, aunque no sea necesaria la modificación ni la renegociación de tratados, se utiliza como herramienta o complemento para facilitar el trabajo de abogados y árbitros e, incluso, en la elección de estos últimos. Ahora bien, la incorporación de árbitros robots resulta un poco más cuesta arriba dado el interés público y el escrutinio ciudadano de los complejos asuntos ventilados en este tipo de litigios. Se hace necesaria la autorización de las partes con tal propósito, lo que conllevará en el futuro a la adopción de reglas especiales de ética y transparencia algorítmica para comprender cómo la máquina podría dictar un laudo lejos de sesgos o de tendencias a favor de una u otra parte.

EL ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA EN CUBA: ESCENARIOS NORMATIVOS

MAELIA ESTHER PÉREZ SILVEIRA¹

1. INTRODUCCIÓN

El impacto y los efectos de la globalización en los diversos ámbitos de la vida, y su incidencia e implicaciones en las relaciones jurídicas, suscita interrogantes cada vez más complejas en los más diversos contextos, muchos de ellos ininteligibles. El comportamiento de los flujos de capitales, la movilidad internacional de las personas y su migración, la expansión de empresas multi o transnacional, entre otros, son algunos de los escenarios cuyo porte y mutaciones inciden en la manera en que interactúan y se comportan las personas.

Los desplazamientos transnacionales (bien se trate de personas físicas o morales) y consecuentemente la internacionalización de su vida y actividad, constituyen elementos de facto hacia donde debemos mirar cuando abordamos el acceso a la justicia desde la dimensión transnacional. Asistimos a un escenario en el que se generan situaciones y comportamientos que promueven el aumento de las relaciones privadas internacionales de distinta naturaleza, complejidad y tipos, a la vez que hace converger una diversidad de sistemas normativos y escalda la generación de conflictos.

Crece la movilidad internacional de las personas y con ello su colocación en territorio distinto a su origen, su presencia en relaciones diversas de carácter transfronterizas y con distinta naturaleza, lo que hace cada vez más frecuente que las relaciones jurídicas presenten puntos de contacto con ordenamientos jurídicos de distintos Estados² y que las dificultades y obstáculos al acceso transnacional a la justicia se acrecienten de manera exponencial. En mayor medida se hace notar la necesidad de mejores espacios de justicia y de acceso a ella, en pos de garantías y protección jurídica que las provean de seguridad y protección en cualquiera de los espacios en que se generen.

En términos generales, la doctrina consolida la noción de acceso a la justicia vinculado a la efectividad del proceso en la solución de los asuntos requeridos.

1 Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Doctora en Derecho por la Universidad de la Valencia, España, título homologado en la República de Cuba, miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

2 MERCEDES ALBORNOZ, M.: **Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego**, en *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, Año 5, N° 9; Marzo 2017; pp. 170 - 195.

Se expresa en el derecho de las personas a obtener una respuesta a sus necesidades jurídicas, por lo que su noción incluye tanto a la jurisdicción, el ejercicio de la competencia de los tribunales, como también la eficacia de la resolución que derive de la tramitación del asunto.

De manera particular, y como parte o expresión de aquel derecho de acceso a la justicia en general, el acceso transnacional a la justicia se configura en supuestos, situaciones o relaciones en los que se involucran elementos de extranjería, y con tanto se comporta como una realidad que se suscita desde la internacionalización o mundialización de las relaciones entre las personas. De manera que “si acceder a la justicia en los contextos meramente locales, plantea siempre un desafío y unas dificultades, a veces insuperables, en el ámbito internacional la separación entre las jurisdicciones y la falta de mecanismos de acceso más efectivos, suponen casi siempre barreras mayores, que representan una amenaza permanente a la justicia”³.

Realizamos el presente trabajo en momentos de revisiones y estrenos legislativos. La aprobación del nuevo texto constitucional cubano⁴ que cimienta los nuevos desarrollos normativos en el país no ha excluido la materia procesal. Desde ésta se erigen tres columnas procesales⁵ entre las que aúpa el Código de Procesos contenido en la Ley 141 de 2021⁶. Con un enfoque renovador, sus preceptos se extienden a la tramitación de los asuntos en las materias civil, familiar, mercantil, del trabajo y de la seguridad social, así como la ejecución de las resoluciones judiciales recaídas respecto a cualquiera de tales materias⁷. Son diversas las regulaciones que introduce la norma con una importante dosis de modernidad, actualidad y novedad respecto a su predecesora adjetiva, cualidades no menos notorias y significativas cuando se observan los preceptos que conectan en favor y protección respecto a las garantías del derecho al acceso a la justicia, con visos especiales en cuanto a su aplicación a las relaciones transfronterizas.

Las reforma procesal privilegia tres materias relevantes en el ámbito de la aplicación del Derecho Internacional Privado cubano en el ámbito de la determinación de la jurisdicción internacional de los tribunales cubanos, la cooperación jurídica internacional y la eficacia en en Cuba de las resoluciones extranjeras, lo

3 OCHOA MUÑOZ, J. L. Y MADRID MARTÍNEZ, C., **Problemas de acceso transnacional a la justicia en el derecho internacional privado. perspectiva latinoamericana**, p. 284, consultado en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Javier_Ochoa_Claudia_Madrid.pdf.

4 Publicada en la Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019.

5 Durante el séptimo periodo de sesiones de la IX Legislatura, efectuado en octubre de 2021, la Asamblea Nacional del Poder Popular aprobó las Leyes 141, 142 y 143, correspondientes al Código de Procesos, la Ley del Proceso Administrativo y la Ley del Proceso Penal.

6 Publicado en la Gaceta Oficial No. 138 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021.

7 Artículo 1 de la Ley 141/ 2021, Código de Procesos.

que hace de ellas un mejor aporte y previsión en cuanto a la construcción del derecho fundamental del acceso a la justicia con transcendencia internacional.

Cada una de estas materias servirá de hilo conductor y escenarios de reflexión para el desarrollo de este trabajo, lo que nos permite abordar y caracterizar de manera particular los supuestos más significativos que cualifican el acceso transnacional a la justicia en Cuba.

2. EL ACCESO LA JUSTICIA DESDE LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL

Desde su dimensión más amplia, el acceso a la justicia se configura como “derecho de garantía” o “garantía de las garantías” y “el requisito más básico –‘el derecho humano’ más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”⁸.

Su extensión abarca desde la protección jurídica de los derechos ciudadanos, la información sobre los derechos de los que son titulares, el asesoramiento en el tráfico jurídico en las más diversas materias y los mecanismos accesibles y eficaces de resolución de conflictos⁹. En virtud de ello, corresponde a los Estados la obligación de definir y proveer políticas públicas orientadas a facilitar el acceso a la justicia, y definir la extensión de su obligación encaminada a cumplir tal propósito, así como el ámbito jurídico y material implicado, y las necesidades a las que deberá responder.

La incursión en sus diversas aristas muestra distintas colocaciones en el orden teórico, normativo y práctico. No obstante, su mirada en calidad de derecho no solamente implica observar su reconocimiento, sino también la manera en que los Estados los dota de garantías y protección, cuestión que se extiende allende las fronteras nacionales.

Es cada vez más frecuente la localización de las personas en destinos distintos a sus orígenes y que las relaciones jurídicas que se generan entre uno y otro lado presenten puntos de contacto con varios ordenamientos jurídicos de distintos Estados. En este escenario, las relaciones que se producen adquieren una dosis importante de complejidad cuando se trata del acceso a la justicia, ante la posibilidad de demandar o ser demandado en el extranjero¹⁰.

El acceso transnacional a la justicia, nos coloca ante una dimensión de los derechos humanos cuyo reconocimiento, garantías y protección traspasa los már-

8 Cappelletti, M. y Bryant G.: **El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos**, (trad. M. Miranda), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 13-14, citado por Ochoa Muñoz, J. L. Y Madrid Martínez, C., *Problemas de acceso transnacional ...* “.

9 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, **Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia**. Buenos Aires, PNUD, 2005, p. 7, al respecto <https://namati.org/wp-content/uploads/2018/03/Inecip-Manual-Politicas-Publicas.pdf>.

10 Mercedes Albornoz, M.: **Acceso a la justicia**, op cit; p. 172.

genes territoriales. La participación en un proceso ante una jurisdicción extraña implica múltiples dificultades, a lo cual se une la incertidumbre respecto a la efectividad y eficacia de una resolución que se adopte en un país distinto de aquél al que pertenece el juez investido de la jurisdicción para conocer y resolverlo.

Uno de los principios del Derecho Internacional Privado que se consagra como axioma rector de la materia, lo es la tutela judicial efectiva. Miramos aquí hacia una dimensión en la que el ejercicio de este derecho se torna más complejo teniendo en cuenta las distintas problemáticas concurrentes. Entre ellas la determinación del tribunal que deberá conocer el asunto; el tratamiento que recibirán las partes en el proceso, considerando la presencia de un elemento extranjero en la relación; así como las cuestiones relativas a la eficacia de la resolución en un Estado cuando su pronunciamiento deviene de otro distinto y distante de aquel.

Por otro lado, la noción de acceso a la justicia en su dimensión general, como también expresada desde el particularismo que ofrece el escenario de las relaciones privadas internacionales, requiere observar el abanico de instrumentos internacionales en los que se insertan regulaciones de igual rango y que sucesivamente va mostrando perfiles cada vez mejor delineados en interés de brindar una mejor plataforma normativa internacional al acceso transnacional a la justicia.

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹¹; a esta se une el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹²; la Convención Americana de Derechos Humanos¹³; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁴; la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁵; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950¹⁶

El espectro que merece el estudio sobre el acceso transnacional a la justicia, deberá atender también el debate que se promueve en materia del *soft law* y su relevancia en la materia, en un contexto transnacional que demanda soluciones flexibles y adaptables a las complejidades y los cambios acelerados que muestra las relaciones privadas internacionales.

Cabe mencionar la relevancia de los trabajos que devinieron en la definición y conceptualización de los principios elaborados en el seno de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Constituye una propuesta que incluye reglas y enunciados en materia de litigios privados trans-

11 Artículos 8 y 10.

12 Artículo 14, inciso 1.

13 Artículo 8, inciso 1.

14 Artículo XVIII.

15 Artículos 5 y 6.

16 Artículo 6

nacionales¹⁷. Fueron concebidos como mínimos estándares en función de guiar la configuración de los sistemas de garantías al acceso a la justicia, en los que se proscribe toda discriminación por razón de la nacionalidad o residencia, de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos, así como los principios consagrados por la generalidad de las constituciones más modernas. Tales ideas se muestran cuando se declara en su texto el interés de “mejorar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional, incluyendo aquellos en los que intervengan entidades estatales en controversias de naturaleza predominantemente comercial o por actos *jure gestionis*”¹⁸.

En este sentido se enumeran diversos principios tales como la igualdad procesal, jurisdicción razonable, autonomía privada en la elección del foro y la cooperación jurídica internacional que se expande tanto a los efectos de realizar emplazamientos, notificaciones y audiencias, como también a todos los actos o medidas necesarios para la consecución de los fines del proceso¹⁹.

Su contenido incluye la definición de los principios generales que deberán garantizar los jueces u otras autoridades en el ámbito de los procesos a que den lugar los litigios transnacionales. Seguidamente propone aspectos esenciales con trascendencia al tratamiento del litigante foráneo y asistencia jurídica subvencionada; la jurisdicción; la cooperación interjurisdiccional; el emplazamiento, citaciones y notificaciones (Participación del demandado en el procedimiento); la eficacia de decisiones extranjeras y sobre las medidas cautelares.

3. MIGRACIÓN INTERNACIONAL Y ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA. MIRADAS DESDE LA REALIDAD CUBANA

El comportamiento de la movilidad internacional de las personas y la migración internacional como expresión de aquella, son caldo de cultivos para la germinación de relaciones, asuntos y conflictos que debe atender el Derecho Internacional Privado. El escenario demanda cada vez mayor interés en el ámbito procesal internacional, de manera especial en lo que corresponde a la cooperación judicial internacional, el acceso a los tribunales y la eficacia de las resoluciones extranjeras²⁰.

17 OCHOA MUÑOZ, J. L., **Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global (comentarios introductorios a los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia)**, en *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, Mai-Ago. 2018, v. 20, n. 8, pp. 336-363.

18 Según consta en el texto del Preámbulo de los Principios al definir su alcance, objetivo y funciones.

19 Al respecto pueden verse los artículos del 2 al 4 de los Principios ASADIP.

20 FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: **Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana**, pp. 295 y 296, consultado en <http://www.oas.org/dil/esp/293-326%20Diego%20Fern%C3%A1ndez%20A.%20def.BIS.pdf>.

La interacción del migrante hacia ambos lados, origen y destino, multiforme y prolongada, con visos manifiestos de circularidad, se comporta y transcurre con elementos de internacionalidad que crecen y se complejizan. Las diversas e ininteligibles situaciones que se producen en este escenario generalmente deberán afrontar una diversidad jurídica y con ello la confluencia, cruce e interacción de legislaciones y sistemas jurídicos. En consecuencia, una aproximación transnacionalista tiene la pretensión de evitar el aislamiento del orden jurídico respecto de la realidad circundante y “favorecer un proceso de progresiva convergencia normativa que permita encauzar los conflictos sociales que traspasan las fronteras en procesos jurídicos”²¹.

Este entramado de relaciones genera una transnacionalización de los derechos y la necesidad de su expresión normativa, lo cual viene orientando una re-estructuración de las ciencias jurídicas en línea con los nuevos entornos globales y transnacionales²². Merece entonces reflexionar sobre la simetría y adaptación que ofrece el Derecho Internacional Privado ante este comportamiento, teniendo en cuenta tres pilares que conectan directamente con el acceso transnacional a la justicia: la jurisdicción internacional, la cooperación jurídica internacional y la eficacia de las resoluciones extranjeras. Deberá responder y afrontar las situaciones que derivan de tales relaciones, proveyéndolas de seguridad y continuidad, y procurar que las fronteras nacionales no obstaculicen o frenen el acceso de las personas a la justicia, el reconocimiento, protección, eficacia y efectos²³.

El comportamiento del flujo migratorio cubano, principalmente promovido a partir de la modificación de la normativa migratoria en vigor a partir del año 2013²⁴, tendente a regularizar y flexibilizar la movilidad internacional, así como la presencia de extranjeros en el país, desde su puesta en vigor ha incidido en el incremento de situaciones jurídicas diversas y complejas. Ante la problemática que ello ha generado en el ámbito jurídico, los operadores del derecho observan y analizan tales transformaciones, a la vez que procuran ofrecer soluciones a tono con esta realidad.

-
- 21 TURÉGANO MANSILLA, I.: **Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica**, en *Derecho PUCP*, N° 79, 2017, pp. 225 y 258, consultado en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.010>. ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “El nuevo Derecho Internacional Privado de la inmigración”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, p. 59; PÉREZ NIETO, L.: **Notas sobre el Derecho Internacional Privado en América Latina**, en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, año XLVIII, núm. 144, septiembre- diciembre 2015, p. 1064, consultado en <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v48n144/v48n144a6.pdf>; PERELLÓ, J.: **El sector privado y el turismo en Cuba ante un escenario de relaciones con Estados Unidos**. *Cuba in Transition*, 2015, en <http://www.ascecuba.org/cl/wp-content/uploads/2016/03/v25-perello.pdf>; SOROLLA FERNÁNDEZ, I.: “La migración internacional cubana en el periodo 1990-2015. De la emigración a la movilidad”, *Revista de Sociedad, Cultura y Política en América Latina*, 2015, p. 97.
- 22 CARLOS, C.: **El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores**, en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, D. C., Colombia, Volumen XVI, Núm. 32, Julio – Diciembre, 2013, p. 22 y 23.
- 23 GONZÁLEZ PEDROUZO, C. y DÍAZ STRATTA, M.: **Migraciones internacionales y Derecho Internacional Privado**. *Cuadernos del CLAEH*, Segunda serie, año 37, No. 108, pp. 83-107, en <http://publicaciones.claeh.edu.uy/index.php/cclae/article/view/376>.
- 24 Las modificaciones aprobada se realizan tanto respecto a la Ley de Migración de 1976 como su Reglamento. Las mismas están contenidas en la Información en este número Gaceta Oficial No. 44 Ordinaria de 16 de octubre de 2012, en la que se publica el Decreto-Ley 302/ 2012, que modifica la Ley de Migración, el el Decreto 305/ 2012, que modifica el Reglamento de la Ley de Migración de 19 de julio de 1978.

Las modificaciones aprobadas respecto a la legislación migratoria propiciaron mayor flexibilización respecto a la movilidad internacional de las personas desde y hasta nuestro país y su permanencia temporal o definitiva en distintos territorios como destino, pero también la localización en Cuba de extranjeros que eligen nuestro país para el establecimiento de sus negocios o de sus relaciones de estudio, de trabajo o de familias.

Esta realidad hace observar el impacto en el Derecho Internacional Privado cubano, cuyas normas han pervivido en su concepción basada en un modelo territorial, que por muchos años se mantuvieron incólumes y estacionarias, resultando notablemente superadas por aquella realidad, con colocaciones y soluciones asimétricas respecto a ella.

La movilidad internacional de los cubanos, con estancias prolongadas en el extranjero o su emigración definitiva, genera la creación de un espacio social de éste en el país de destino. Allí establece y mantiene relaciones de trabajo, negocios, familiares y probablemente adquiere estatus de residente primero y ciudadanía después, muchos de ellos sin desligarse de sus vínculos con nuestro país y donde es cada vez mayor el nacimiento de sus hijos que pueden adquirir distinta ciudadanía²⁵.

En fechas recientes se han introducido importantes cambios legislativos, con trascendencia al sistema del Derecho Internacional Privado en el país, que tienen su plataforma normativa en la reforma constitucional del 2019. Otras modificaciones introducen cambios sustanciales de especial aplicación tanto en el orden sustantivo como procesal en la materia. A ello se une la incorporación del Estado cubano a diversos instrumentos internacionales que forman parte o se integran, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional²⁶.

El escenario descrito incide en la creciente internacionalización de la vida de las empresas y de las personas, con ello un crecimiento y diversificación de las relaciones privadas internacionales conectadas con Cuba y, consecuentemente, la necesidad de mejores espacios y condiciones para acceder a la justicia desde los distintos ámbitos y espacios de relaciones.

4. CAUCES Y RIVERAS DESDE LA NORMATIVA CUBANA SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU ALCANCE TRANSNACIONAL

La realidad descrita pone a flor de piel la necesidad e importancia de ordenar, adecuar y observar el régimen de las garantías y protección en materia de

25 Decreto-Ley 352 de 30 de diciembre de 2017, sobre la adquisición de la ciudadanía cubana por nacimiento de los nacidos en el extranjero de padre o madre cubanos, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba, Nro. 63 de 30 de diciembre de 2017, Año CXV, pp. 1359-1363.

26 Artículo 8 de la norma constitucional.

acceso a la justicia en espacios que rebasan las fronteras nacionales, en el que se materializa otro de mayor calado expresado mediante la tutela judicial y su efectividad.

El ordenamiento jurídico cubano regula expresamente el acceso a la justicia como derecho de encaje constitucional. La reforma constitucional realizada en el año 2019, ha supuesto una mirada mucho más acuciosa a uno de los Derechos Humanos tildado por su importancia y protagonismo como lo es el acceso a la justicia, cuya protección y garantías constituye una orientación primordial para el legislador, para el juez y para todo operador jurídico²⁷.

4.1. ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES CUBANOS

La solución que se demanda ante el órgano de un determinado Estado respecto a situaciones transfronterizas²⁸, será tramitado conforme a sus normas procesales, como expresión de la territorialidad que las cualifica. Constituye un derecho consagrado en diversos textos internacionales, que incluye los tratados en materia de derechos humanos, que involucra tanto a las personas naturales y jurídicas²⁹.

La definición de los criterios que determinan la intervención del tribunal en el conocimiento y la solución de asuntos de naturaleza privada internacional, se establece en cada Estado y podrá mostrar particularidades diversas. En algunos sistemas es factible localizar sin mayores dificultades una reglamentación especial sobre la materia, mientras que otros carecen de normas que marquen tal distinción. Ello provoca que en ocasiones tales carencias se intenten resolver mediante la aplicación análoga de las normas establecidas para los supuestos de competencia judicial interna³⁰, solución que no ha estado exenta de críticas³¹.

Cuando hacemos referencia a la jurisdicción internacional, coincidimos con las ideas expuestas por Diego Fernández Arroyo, cuando la define como “la potestad que corresponde a los jueces y tribunales de un Estado para conocer y resolver los casos de DIPr, es decir, respecto de las relaciones jurídicas de carácter privado que están vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos”³².

27 SCOTTI, L. B. y BALTAR, L.: *El forum actoris en el Derecho Internacional Privado argentino*, *Pensar en Derecho*, No. 15, Año 9, 2020, pp. 373-415, consultada en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/15/revista-pensar-en-derecho-15.pdf>.

28 DÁVALOS FERNÁNDEZ, R.: *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 5; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 2da edic., Civitas, Madrid, 2001, p. 30.

29 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia*. Buenos Aires: PNUD, 2005, p. 7.

30 Al respecto puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional*. . . ob. cit., p. 83.

31 FERNÁNDEZ ARROYO, D. P., *Aspectos generales...*, ob. cit. pp. 147 y 148.

32 FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 2003,

Desde el envión constitucional, y posteriormente los cambios aprobados en sede procesal, aducimos novedosas regulaciones que definen la intervención de los tribunales cubanos para conocer situaciones generadas en el ámbito de las relaciones privadas internacionales.

La jurisdicción de los tribunales cubanos se orienta sobre ciertas máximas que particularizan la configuración del sistema cubano sobre la jurisdicción internacional de dichos órganos. Su análisis tiene como catadura inicial los supremos valores que introducen la Constitución de la República de Cuba, mientras que su desarrollo normativo transita subsiguientemente tanto por el régimen convencional como autónomo vigente en el país.

En atención al régimen convencional, la normativa en materia jurisdiccional puede proceder de un foro de codificación configurando desde los diversos convenios internacionales suscritos y ratificados por el Estado cubano, entre los que se podrán apreciar las regulaciones contenidas tanto en el Código de Derecho Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante)³³, como también los convenios ratificados en sede de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado³⁴.

Con respecto a la aplicación del Código Bustamante, se deberá atender en primer orden el límite espacial que determina su aplicación entre los Estados miembros. Con este matiz, en la materia que comentamos, la norma establece varios preceptos en materia de competencia, los que se deberán observar desde el contenido del Libro Cuarto dedicado al Derecho Procesal Internacional, y en su contenido los títulos primero y segundo, en éste último los Capítulo I y II, respectivamente.

Las regulaciones en materia de jurisdicción y competencia de los tribunales cubanos que se definen en el régimen autónomo, tienen su base constitucional en los *supra* referidos artículos 92 y 94 de la norma constitucional. El artículo 92 establece la responsabilidad del Estado en función de garantizar el acceso de todas las personas a los órganos judiciales, a fin de obtener de ellos la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, a lo que añade la obligatoriedad en el cumplimiento de las decisiones judiciales y la correspondiente responsabilidad a que su irrespeto conduce. De esta manera su concepción normativa se define con un alcance tal que se extiende al resto de las garantías jurisdiccionales.

pp. 137-167.

33 Convención sobre Derecho Internacional Privado mediante el cual se adopta el Código de Derecho Internacional Priado o Código Bustamante, aadoptado en La Habana el 20 de febrero de 1928 en el marco de la Sexta Conferencia Internacional.

34 El Estado cubano ha ratificado los siguientes convenios en el seno de la Conferencia de la Haya: Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980; Convenio 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, de 1996; y Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993.

De su contenido se colige el derecho de toda persona a la tutela judicial por parte del Tribunal competente, con las formalidades y las garantías que resulten de la aplicación de la ley. Paralelamente se establece el derecho de acceder al tribunal que la ley determine, a partir de la positivación de la competencia de los tribunales cubanos, tanto en el ámbito interno como internacional. Hablamos de un derecho cuyo reconocimiento y ejercicio no se limita a los nacionales, sino atribuido a cualquier persona sin distinción, siquiera por su origen nacional o extranjero.

Con cierta autonomía, debatida en torno al alcance de la tutela judicial³⁵, el artículo 94 de la propia la norma constitucional refrenda el debido proceso concentrando aquí el derecho de las personas de acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, a recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos. Dado su contenido constituye un principio al que debemos volver más adelante cuando me refiera al binomio acceso transnacional a la justicia y cooperación jurídica internacional.

La norma constitucional encarga a la ley para su desarrollo, entre otros aspectos, la regulación de los principios, objetivos, organización, estructura, jurisdicción y competencia de los tribunales; así como la forma en que se constituyen para los actos de impartir justicia. Consustancial a ello, la Ley 140/2021 de los Tribunales de Justicia³⁶ dispone que la jurisdicción de los tribunales de justicia se ajusta a las necesidades de la función judicial, mientras que su competencia, las salas y secciones se establece en la legislación procesal correspondiente³⁷. Se reserva a la norma procesal las reglas de aplicación a la jurisdicción de los tribunales cubanos y las regulaciones que ordenan su competencia, lo que se refrenda mediante la Ley No. 141, Código de Procesos³⁸. La norma uniforma los trámites para el conocimiento y la solución de los asuntos de las materias civil, familiar, mercantil, del trabajo y de la seguridad social, así como la ejecución de las respectivas resoluciones judiciales.

La vigente dispositiva muestra una evolución muy favorable respecto a su predecesora norma adjetiva entre las que presenta especial notoriedad las cuestiones que afectan las relaciones privadas internacionales. Entre ellas se incluyen las regulaciones sobre la intervención de los tribunales cubanos, tanto respecto a la determinación de su jurisdicción en sentido general, como de la competencia de manera particular atribuida a las distintas salas e instancias. A ello se suman las cuestiones relativas a la cooperación jurídica internacional e indefectiblemente

35 PÉREZ GUTIÉRREZ, I. y HIERRO SÁNCHEZ, L. A.: **La tutela judicial efectiva** ..., ob. cit., pp. 21-38.

36 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 137 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021.

37 Artículo 19 incisos 1 y 2.

38 Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 138 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021.

las colocaciones que asigna en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Las respectivas regulaciones sobre dichas materias, colocadas en el tablado procesal, son las que desarrollan los principios constitucionales trasladados a las relaciones privadas internacionales, con trascendencia especial en el ámbito del acceso transnacional a la justicia en el contexto normativo cubano.

La intervención del órgano jurisdiccional cubano se define con meritoria técnica legislativa y en clara sinergia respecto a los principios constitucionales de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y el debido proceso. Con nuevos calados quedan hiladas las regulaciones en torno a la delimitación de la jurisdicción y competencia de los tribunales cubanos, mientras pone vestiduras de gala al elemento internacional en el proceso.

Las regulaciones sobre la jurisdicción y competencia de los tribunales de justicia, no solamente ofrecen soluciones a muchas de las lagunas que durante años cargó, cual cruces, su predecesora norma procesal, sino también incorpora soluciones novedosas y osadas en su concepción. Todavía frescas las normas, muchos miramos y andamos a hurtadillas y con cierta prudencia cuando su estudio, interpretación y aplicación se adscribe a las relaciones privadas internacionales.

La norma procesal cubana distingue el alcance de la jurisdicción del tribunal cubano respecto a los supuestos que definen el ejercicio de su competencia. Esta es la primera nota particular en relación con los cambios que se introducen con trascendencia a la intervención de los tribunales cubanos para conocer y resolver los asuntos derivados de las relaciones privadas internacionales. A este propósito el legislador dedica el TÍTULO II de la norma procesal, y donde concentra las cuestiones relativas a la jurisdicción y competencia de los tribunales cubanos.

En su Capítulo I se establecen las regulaciones sobre la jurisdicción y seguidamente se consagra los capítulos II y III, respectivamente, a ordenar la competencia. En el primero de estos quedan delimitadas las cuestiones atribuidas al tribunal cubano por razón del ámbito o naturaleza de las relaciones, dígame de carácter civil; familiar; mercantil, y de trabajo y seguridad social, mientras que en el segundo se demarcan los criterios para determinar la competencia por razón de la materia y el lugar.

La vigente norma procesal deja atrás un sistema en el que la intervención de los de los tribunales cubanos para entender de asuntos en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, dependía de criterios muy limitados y a la vez generales, que poco atendían al carácter internacional de la relación, y que hacía mediante criterios exorbitantes, mientras que otros resultaban confusos, dispersos o carentes de efectividad.

En el presente trabajo asumimos el término jurisdicción internacional, criterio que nos permite mejor sincronía con los propios designios que adopta la norma interna, y a tono con el sentido propio de la institución. Al mismo tiempo es ésta la que posibilita alinear nuestro comentario coincidente con la mayoritariamente extendida para identificar al sector del Derecho internacional privado al que se encargan las cuestiones sobre la determinación los órganos judiciales que deberán conocer las diversas situaciones privadas internacionales.

La norma no distingue ni particulariza su aplicación al ámbito de las relaciones privadas internacionales. En su lugar opta por un criterio general tanto en su denominación, como en cada uno de los supuestos que regula. Tal generalidad conduce a extender y aplicar las normas de manera análoga tanto a la configuración de la jurisdicción interna como internacional, produciéndose una transposición entre ambos planos. Dicho intercalo trasciende a la ausencia de previsión desde el particularismo y la especialidad que le aporta su adecuación a las relaciones privadas internacionales.

Los preceptos contenidos en el Capítulo I relativo a la jurisdicción de los tribunales cubanos muestran las características que cualifica al sistema en esta materia. Como primer rasgo vale destacar el carácter atributivo de la norma en favor de los tribunales del país. Significa que el legislador optó por establecer los supuestos en los que dichos tribunales podrían ejercer su jurisdicción, bien sea con carácter preceptivo (jurisdicción exclusiva) o de manera facultativa. Prácticamente todos los criterios de proximidad, cercanía o razonabilidad empleados quedaron conectados con nuestro país mediante denotaciones que le son propios, como son la localización aquí de bienes inmuebles, cuando sea éste el lugar donde se realiza el registro, así como cuando resulte la aplicación de la ley cubana respecto a la constitución, validez, nulidad, terminación y disolución de personas jurídicas y otras formas asociativas.

El sistema de atribución de la jurisdicción tiene como elemento adverso la desatención respecto a las diversidad y complejas dificultades que presenta la transposición de la aplicación de la jurisdicción entre ambos escenarios de relaciones, tanto interno como internacional, sin tomar en consideración las particularidades que presenta este último especial y complejo escenario de relaciones. No obstante, el sistema queda dotado de significativos avances y novedades.

En primer lugar se excluye el empleo de criterios exorbitantes de jurisdicción y como reflejo de ello se aparta del uso de la ciudadanía como criterio de conexión hasta ahora presente y en su lugar se adopta el de domicilio o la residencia habitual. Se establece una clara distinción entre los asuntos que comportan preceptivamente la jurisdicción exclusiva de los tribunales cubanos respecto a los criterios generales que facultan su ejercicio; y se exceptúa de la jurisdicción de los

tribunales cubanos asuntos en supuestos (no exclusivos de esta jurisdicción) que se sometan, expresa o tácitamente, a los tribunales extranjeros, así como aquellos que se encarguen al arbitraje en las materias previstas por la ley cubana.

El acomodo de los supuestos en materia de jurisdicción internacional de los tribunales cubanos se inicia con la relación de los asuntos que se atribuyen de manera exclusiva a la jurisdicción de los tribunales cubanos, los que se relacionan taxativamente en el artículo 16, y que excluyen la intervención de tribunales extranjeros para conocer sobre las materias relacionadas. Dicha atribución se extiende a los derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República de Cuba; la validez o nulidad de las inscripciones realizadas en registros cubanos; la constitución, la validez, nulidad, terminación o disolución de las personas jurídicas u otras formas asociativas fundadas conforme a la ley nacional, los acuerdos y decisiones de sus órganos cuando estos afecten a su existencia o impliquen la paralización de su actividad; los derechos del trabajo de personas cubanas, con domicilio en la República de Cuba, contratadas por empleadores extranjeros, por intermedio de agencias o entidades cubanas y para prestar sus servicios fuera del territorio nacional. Ello significa que los asuntos que se promuevan sobre tales materias no podrán someterse al conocimiento de un foro jurisdiccional distinto al cubano, al que le corresponde su exclusivo conocimiento y resolución.

Tales criterios de conexión exclusivos no los priva de ser también foros especiales, en el entendido de que su configuración se define atendiendo a determinadas materias, aunque con la particularidad de su exclusividad en favor de los tribunales cubanos, lo que descarta la posibilidad de admitir su conocimiento por un tribunal distinto. Los supuestos relacionados que determinan la jurisdicción exclusiva atribuida a los tribunales cubanos queda determinada por aquellas materias en las que existe un fuerte interés o una conexión significativamente razonable sobre el cual el Estado ha resuelto ejercer su jurisdicción indubitadamente³⁹.

Lo anterior tiene una implicación relevante en relación con la eficacia de la resolución que adopte el tribunal foráneo. Al ser asignado tales asuntos al conocimiento exclusivo del tribunal patrio, no sería posible obtener la eficacia en este país respecto a la resolución que se dicte en uno distinto sobre dichas materias, teniendo en cuenta la inclusión de una causa de denegación para su reconocimiento y ejecución prevista en el artículo 473 inciso a) de la propia norma procesal, en la que se establece como requisito que la resolución cuyos efectos se pretenden en Cuba, no haya sido dictada en asuntos sobre los cuales los tribunales cubanos ejercen de manera exclusiva su jurisdicción.

39 FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: **Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional**, FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. (Coordr.): *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Zavalia, Buenos Aires, 2003, pp. 138-167.

Fuera de los relacionados de carácter exclusivos, el artículo 17 establece un catálogo de supuestos que definen la jurisdicción de los tribunales cubanos, que se establece y estructura mediante una nomenclatura de construcción facultativa / alternativa. El legislador diseña un catálogo de supuestos respecto a los que se atribuye jurisdicción internacional al tribunal cubano para conocer y resolver, posibilitando que el mismo se declare competente, teniendo en cuenta el carácter atributivo que prima en su favor. Dicha configuración utiliza una mixtura que combina criterios de atribución tanto de carácter general⁴⁰ (voluntad de las partes y domicilio del demandado), como especial⁴¹ (lugar de cumplimiento de la obligación, las relaciones extracontractuales, y los asuntos relativos a las familias y las personas).

Por otro lado, el legislador ubica cada supuesto entre sí en posición alternativa y sucesiva, lo que implica que el tribunal podrá declarar y fundamentar su jurisdicción internacional al tenor de cualquiera de los criterios jurisdiccionales que aquí se establecen, o de varios de ellos a la vez.

Los criterios de carácter general o foros generales se corresponden con aquellos que otorgan jurisdicción al tribunal, con independencia del supuesto o la materia de que se trate. El primero de ellos acogido en la norma ha sido el de la autonomía de la voluntad, expresada tanto mediante la elección expresa o tácita del tribunal cubano o desde la elección de la ley cubana desde la que se deriva en aquel. De esta manera se crea una correlación funcional entre el *forum* y el *ius*⁴², que se configura como una “jurisdicción dependiente del derecho aplicable”, *forum legis* o *forum causae*.

La solución genera una alteración en el razonamiento y la sistemática lógica seguida para dar respuesta a un supuesto de Derecho Internacional Privado. Atendiendo a la lógica del sistema de Derecho Internacional Privado la primera cuestión a determinar o el vínculo primario entre el *forum* y el *ius* resulta la que se constituye entre la competencia judicial internacional y la aplicación por el juez de las normas de su sistema de Derecho internacional privado. No obstante, la aplicación del *forum* que analizamos podría generar una inversión del referido orden, en tanto quedará definido en favor del tribunal cubano desde que las partes hayan acordado aplicar la ley de este país, solución que ha sido objeto tanto celebraciones como de críticas y detractores⁴³.

40 Para su regulación ha resultado intrascendente tanto la configuración particular del caso en sí, como la materia especial sobre la cual verse la *litis*.

41 SCOTTI, L.: **El acceso a la justicia en el derecho internacional privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación**, *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03 N° 06, 2016, pp. 22-47.

42 Véase al respecto, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: **Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho Internacional Privado. Caracterización y dimensiones del problema**, pp. 89-136. consultado en https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/20787/1/ADL_IV_1977_04.pdf.

43 BOGGIANO, A.: **Curso de derecho internacional privado, derecho de las relaciones privadas internacionales**, Argentina,

Su inclusión en la norma entraña la tarea de determinar tres aspectos. En primer lugar los vínculos especiales en que los se podría materializar dicha correlación; en segundo lugar, las materias en que se produce y su exclusión respecto a otras; y por último observar la técnica jurídica que utiliza el legislador para establecer dicha correlación como solución propuesta.

Otro elemento a tener en cuenta es su colocación precedente a la del domicilio o la residencia del demandado, que le continúa en su orden como segundo foro general por excelencia. El artículo 17 inciso b dispone la posibilidad de que los tribunales cubanos conozcan el asunto cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, tenga domicilio o residencia en la República de Cuba; así como, tratándose de la persona jurídica extranjera cuando ésta tenga su domicilio o representación en el país, en lo que corresponde a los actos y contratos celebrados por estas.

Se trata además de un foro de competencia paradigmático, de carácter general y personal, que se define sobre una realidad pragmática con “signos externos, visibles y al menos parcialmente objetivos para indicar el lugar en el cual una persona puede ser encontrada con un considerable margen de probabilidad y que al mismo tiempo le debe permitir, en principio, ejercer su derecho de defensa”⁴⁴. Se refiere a un punto de conexión que opera en todos los supuestos de jurisdicción contenciosa, no siendo posible en los expedientes de jurisdicción voluntaria donde no existe un demandado⁴⁵.

Se pone atención al estatus del demandado, bien se trate de persona natural o jurídica. Para su determinación se decanta por determinados criterios a los que deberá observar el tribunal como puntos conectores del elemento subjetivo con nuestro país. Son estos el domicilio y la residencia respecto a la persona natural y el domicilio y la representación en Cuba de las personas jurídica.

En calidad de foros especiales y de carácter territorial, el propio artículo 17 en sus incisos c y d, respectivamente, la norma establece dos supuestos de solución para la determinación de la jurisdicción del tribunal cubano. El primero atiende al cumplimiento de la obligación en este país, y el segundo cuando sea aquí donde tenga lugar o se genere los efectos del hecho, acto o negocio jurídico

La cuarta de las soluciones previstas en la norma procesal se refiere a la determinación de la jurisdicción del tribunal cubano cuando el hecho, acto o negocio jurídico tenga lugar o genere sus efectos en este país (art. 17 inciso d). La

Abeledo-Perrot, 2001, p. 125.

44 Fernández Arroyo, D. P.: **Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional** ..., ob. cit. p. 316.

45 RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: **Competencia judicial civil internacional**, 2a edic., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 472, México, 2016, p. 108, consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4251/25.pdf>.

propuesta se ofrece con una dosis significativa de generalidad, que se aprecia tanto en cuanto a los supuestos o situaciones previstas al referirse a cualquier hecho, acto o negocio jurídico, hasta la indeterminación de los presupuestos utilizados para conectar al tribunal cubano en razón de que aquellos tengan lugar o generen sus efectos en el país, éste último con mejores signos de practicidad, aunque no del todo con posibilidad de una clara concreción.

De deberá entonces observar los riesgos y problemas que en la práctica podrían suscitar las respectivas calificaciones en relación con los hechos concretos. Encuadrar las situaciones fácticas en calidad de hecho, acto o negocio jurídico tal vez resulte un ejercicio elemental de sincronización sin mayores dificultades para el judicial, sin embargo, podría no desplegarse con igual pericia cuando corresponda determinar si aquellos tienen lugar o generan sus efectos en el país en función de su interpretación.

El último supuesto definido en la estructura de foros que venimos comentando se refiere a la jurisdicción del tribunal cubano para conocer los asuntos relativos a las familias y las personas que tengan su domicilio en Cuba. Aquí, la atribución de la jurisdicción en favor del tribunal cubano hace referencia a materias específicas pero que a la vez tienen un alcance general teniendo en cuenta que se trata de cualquier asunto relativo bien a las relaciones familiares, como respecto a las personas que tengan domicilio en Cuba. Se deja abierta la materia objeto del *petitum* vinculado a cualquiera de dichos ámbitos, pero en función de su vinculación con el foro.

Debo advertir que de manera mayoritaria (a excepción de los incisos c y e) en los supuestos contenidos en el citado artículo 17, se incluye una estructura de puntos de conexión cuya ponderación no se establece de manera jerarquizada o subsidiaria, sino de forma alternativa entre sí, lo que implicaría que el tribunal pueda fundamentar su competencia judicial internacional al tenor de cualquiera de los elementos contenidos en la norma. Lo anterior es también valedero mediante el acogimiento de cualquiera o de varios criterios entre sí, sin una sucesión, orden o preferencia de uno respecto a otro. De esta forma, la declaración de competencia judicial internacional del tribunal patrio (su fundamento competencial) sería correcto por el hecho de fundamentarse en cualquiera de las soluciones competenciales que se proponen, siempre que se adapte a las cuestiones particulares o matices especiales que puntalmente contenga cada una.

Es dable afirmar entonces que los supuestos relacionados en el artículo 17 están pergeñados de colocaciones que, además de facultativas y sucesivas entre sí, proponen soluciones alternativas. Prima entre ellos un ambiente de complementariedad, lo que minimiza la probabilidad de que se produzca en entre ellas una relación de confrontación o colisión. Sin embargo, ello no obsta para que

se generen dificultades vinculadas a la calificación a efectos de que se realice la subsunción en unos u otros.

Por otro lado, los foros descritos podrían generar también los llamados foros concurrentes puesto que al no atribuir competencia exclusiva, genera la posibilidad de que tribunales extranjeros conozcan sobre el mismo asunto. Si bien se establece la posible intervención de los tribunales cubanos, ello no implica que otros no puedan ejercer su jurisdicción sobre los mismos asuntos. Esta concurrencia puede ocasionar que distintos tribunales de diferentes países conozcan los mismos asuntos con idénticos objeto, causa y partes en el proceso. Para evitar los inconvenientes derivados de un deficiente empleo de los criterios de jurisdicción concurrente por las partes del litigio, entre ellos la posibilidad de sentencias contradictorias, generalmente se acude a las normas de litispendencia internacional, pero ello es una solución que no ha sido incorporada en la actual norma procesal cubana⁴⁶.

La norma prevé la adopción de acuerdos de elección de foro o cláusula atributiva de jurisdicción internacional, mediante la cual se designe al tribunal cubano para conocer el asunto, configurándose como una de las herramientas del Derecho internacional privado para facilitar el acceso de las personas a la justicia e implica el reconocimiento expreso de la autonomía de la voluntad de los particulares en materia jurisdiccional. De esta manera, y en los casos en los que proceda, la norma permite a las partes definir la configuración de la proximidad entre la controversia y el foro que deberá resolverla, incluso sin requerir la existencia de algún vínculo particular del asunto con el foro, siendo la voluntad de las partes la forma legítima y legal de vinculación sustancial y suficiente para atribuir o derogar dicha jurisdicción.

En el tercer y último artículo, el legislador ha previsto dos supuestos de excepción, el primero relativo a los asuntos que se sometan expresa o tácitamente a los tribunales extranjeros, en casos distintos a los que definen la jurisdicción exclusiva que se establece en el artículo 16, y el segundo los que se sometan al arbitraje en las materias previstas en la ley cubana, bien sea a partir de un acuerdo entre partes, por disposición de la ley o por tratados internacionales en vigor en nuestro país⁴⁷.

46 Si infelizmente la actual norma procesal no hace pronunciamiento expreso respecto a la litispendencia internacional, la norma procesal derogada (Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico –LPCALE-) desaprobó expresamente la posibilidad de la litispendencia internacional cuando en su artículo 3 dispuso expresamente que “la jurisdicción de los Tribunales cubanos es indeclinable. Los Tribunales no pueden rehusar el conocimiento de los asuntos si cualquiera de los litigantes es cubano o se refieren a bienes situados en Cuba, aunque sobre lo mismo exista pleito pendiente en otro país o haya habido sumisión a Tribunales extranjeros, aun arbitrales”. No obstante, tenemos en cuenta que el Código Bustamante en su artículo 394 lo reguló de manera expresa, con la limitante que cualifica la aplicación de esta norma en el orden espacial limitándose respecto de aquellos asuntos o relaciones que se promueven entre personas de Estados miembros de la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), de 20 de febrero de 1928.

47 Artículo 18. 1. Se exceptúan del conocimiento de esta jurisdicción los asuntos que se sometan, expresa o tácitamente, a los tribu-

Una de las ausencias que ha dejado el legislador ha sido el reconocimiento expreso sobre el foro de necesidad o *forum necessitatis*, definida como un remedio basado en el derecho fundamental de acceso a la justicia que permite otorgar competencia judicial internacional a jueces que en principio carecen de ella y procura evitar supuestos de denegación de justicia⁴⁸.

Varias legislaciones nacionales⁴⁹ e instrumentos internacionales⁵⁰ ya lo incorporado en sus normas como propuesta de solución para garantizar el derecho a una tutela judicial internacional efectiva y evitar una probable denegación internacional de justicia. No obstante, si bien no se incluye como un criterio de determinación expresa, podría emplearse como criterio de interpretación respecto a un determinado foro existente en interés de evitar la denegación de justicia⁵¹.

4.2. ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL, UN BINOMIO NECESARIO

El derecho de acceso transnacional a la justicia debe tener como asiento de máximas el concierto entre los Estados, en el que prime la idea de coordinación y cooperación internacional que acerque las distancias entre los respectivos espacios soberanos. Ello hace que su análisis y enfoques tomen en cuenta la eficiencia de la justicia, el equilibrio, la igualdad y el derecho a la defensa de todas las partes, así como la diversidad de las posibles situaciones que se plantean en función de los derechos cuya tutela se solicita.

En cualquier estado del proceso se podría interesar la realización de ciertos actos, allende las fronteras donde el órgano jurisdiccional cumple su función, y hasta donde no alcanza su ejercicio. Para ello se requerirá la ayuda, auxilio, asistencia o colaboración de otro órgano del Estado donde deban llevarse a efecto, con el propósito de que ejecute los actos de asistencia que le sean requeridos. De esta manera, la cooperación jurídica internacional se erige como realidad y necesi-

nales extranjeros; esta sumisión no tiene lugar en los casos que se establecen en el Artículo 16 del presente Código. 2. También se exceptúan los asuntos sometidos al arbitraje en las materias previstas por la ley cubana, siempre que exista acuerdo entre las partes o en virtud de disposición de la ley o de los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba.

48 FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: **Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional ...**, ob. cit., p. 313; RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: **Competencia judicial civil internacional...** op. cit., 109-114.

49 Entre ellas la legislación española en su artículo art. 22 *octies* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, última modificación de 23 de diciembre de 2022; en Argentina, mediante el artículo 2602 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26. 994; artículo 13, segundo párrafo, del Código de Derecho Internacional Privado de Panamá; artículo 21 de la Ley No. 544-14 sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana. G. O. 10787 del 18 de diciembre de 2014; art. 565 CFPC México; y el art. 3 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, entre otros.

50 Convención de la CIDIP III (art. 2).

51 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: **Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis***, ROJAS AMANDI, V. (coordr.), *Desarrollos modernos del Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 232; FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 2: Jurisdicción internacional", RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 806, citado por Scotti, L., "El acceso a la justicia en el derecho internacional privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, Vol. 03 N° 06, 2016, p. 36.

sidad en interés de que las fronteras nacionales no obstaculicen su realización, y contribuyan a proveer de mayor tutela judicial, seguridad, protección y garantía a tales relaciones, lo que deberá resultar en la inclusión en sus normas de regulaciones que ordenen la obligación y el proceder de sus órganos para cooperar con otros Estados en materia jurídica.

Esta idea toma en consideración la necesidad de cooperación que se produce especialmente entre distintos ordenamientos, que incluye los procedimientos o mecanismos que se ponen a disposición de la justicia para facilitar la eficacia de un acto o procedimiento jurídico que debe surtir efecto o llevarse a cabo en una jurisdicción extranjera⁵².

Nos referimos a una noción sobre el deber de colaboración internacional entre los Estados para la realización de la justicia en general. Ello debe incluir desde la determinación de la jurisdicción, la cooperación entre autoridades para la realización de actos jurídicos, la eficacia de las sentencias extranjeras, el tratamiento del litigante foráneo, el auxilio al arbitraje internacional, abarcando incluso la propia determinación de la ley aplicable. Se trata entonces de “toda actuación procesal desplegada en un Estado al servicio de un proceso incoado o a incoarse en otro. Actividad originada en providencias emanadas de órganos jurisdiccionales extranjeros, cuya finalidad es lograr que el proceso se entable, se desarrolle o se afiance en sus resultados, a través de acciones que los órganos jurisdiccionales locales han de llevar a cabo”⁵³.

Tradicionalmente la cooperación jurídica internacional se ha inspirado en los principios de reciprocidad y cortesía internacional, cuyo trámite generalmente se realiza mediante exhortos o cartas rogatorias con el uso de los canales diplomáticos o consulares. Sin embargo, durante los últimos años se experimenta una notable evolución, ante un escenario global en el que se desarrollan y confluyen relaciones privadas internacionales con incidencia en su tipicidad, complejidad, dinamismo, rapidez y diversidad. En consonancia con ello, y como respuesta a las demandas impuestas por dichos cambios, aquellos principios tradicionalmente aceptados, se han atemperado, y las vías de trámites han dado espacio a mecanismos más desarrollados, directos y rápidos para llevarlo a cabo con alcance transfronterizo. Entre ellos se encuentra la intervención de Autoridades Centrales

52 GOICOECHEA, I.: **Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial**, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 4, Nº 7; Mayo 2016; pp. 127 – 151, en <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a4.n7.p127> el 14 de abril de 2019; DREYZIN DE KLOR, A.: “La cooperación jurídica internacional: instrumento imprescindible para la cooperación”, p. 264 en www.juridicas.unam.mx; FONT I SEGURA, A.: “Artículo 1. Objeto”, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. y G. PALAJO MORENO (Dir.), **Comentarios a la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 43-48.

53 TELLECHEA BERGMAN, E.: **La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional**, FCU, 1ª edición, Montevideo, 2002, p. 219; OCHOA MUÑOZ J. L.: “Acceso transnacional a la justicia...”, ob. cit., p. 357.

y el uso de la comunicación directa entre jueces de los distintos Estados donde se pretende su efectividad⁵⁴.

Los Estados fueron admitiendo mecanismos para llevar a cabo actos de colaboración jurídica, que han evolucionado⁵⁵ hasta convertirse en una necesidad en pos de propiciar un mayor acceso a la justicia, facilitar su funcionamiento y mejorar su eficacia. Consecuentemente, se han transmutado las maneras de llevarse a efecto desde los tradicionales exhortos o cartas rogatorias que transitaban por canales diplomáticos. Dicha práctica se alterna o sustituye por canales y mecanismos de cooperación más dinámicos, rápidos y directos, bien a través de las comunicaciones judiciales directas o la intervención de las Autoridades Centrales, potenciada por diversos convenios internacionales, entre otras.

En este sentido, se potencia su materialización mediante la asimilación de un criterio amplio de cooperación jurídica internacional. Ello se extiende a todos los actos posibles que traspasan la frontera entre países, bien sea en interés del reconocimiento de un documento; la realización de actos procesales, como pueden ser notificaciones, citaciones, emplazamientos, obtención y práctica de pruebas, medidas cautelares; hasta el mismo reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, en interés de favorecer la eficacia, protección, continuidad y garantías a las relaciones que se producen en el tráfico jurídico internacional.

Si bien la vía diplomática ha sido la que generalmente se ha utilizado para la tramitación de las solicitudes de cooperación mediante los exhortos o cartas rogatorias, las dificultades que genera su aplicación inciden negativamente en relación con la dinámica, complejidad y celeridad que se demanda de la justicia. No obstante, esta es la vía que pervive y prima en Cuba, aunque atenuada por las que paulatinamente se han insertado en distintos textos internacionales, tanto multilaterales como bilaterales, aunque aún con una implementación y práctica restringida⁵⁶.

54 Al respecto puede verse el Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 en el Título III, "Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales"; el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y la y Recepción de Pruebas en el Extranjero; el Protocolo Adicional de Montevideo de 1979 a la Convención Interamericana de Panamá de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

55 GARCÍA CANO, S.: **Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho internacional privado**, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ene-abr., vol. 38 no. 112, México, 2005, consultado en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000100002.

56 Diversos textos internacionales adoptados en la región incorporan regulaciones en materia de cooperación jurídica internacional, entre los que se incluyen, la Primera Conferencia de Montevideo celebrada de 1888 a 1889 adoptó los Tratados de Montevideo de 1889, entre ellos el Tratado de Derecho Procesal Internacional, suscrito el 11 de enero de 1889 en su Título III se pronuncia sobre el cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales; la VI Conferencia Internacional Panamericana reunida en La Habana en 1928 aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante; la Segunda Conferencia de Montevideo celebrada de 1939 a 1940 adoptó los Tratados de Montevideo de 1940. Por su parte, en las distintas Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (conocidas por las siglas de CIDIP), celebradas bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, se han adoptado diversos instrumentos interamericanos que aluden a este particular entre ellos destacamos la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Panamá, 1975, y la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Panamá, 1975, la cual complementa a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, siendo adoptadas ambas en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I); la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas, Montevideo, 1979 (CI-

Paulatinamente se ha incorporado la intervención de las Autoridades Centrales designadas por los Estados, generalmente derivada de su inclusión como mecanismo de cooperación asumida en convenios internacionales, a las que se encarga el cumplimiento de determinadas funciones en correspondencia con el alcance material y territorial de estos. Su intervención permite aplicar un sistema más directo y menos burocrático, especialmente diseñado para el funcionamiento de la cooperación jurídica internacional.

Otra de las vías utilizadas son las comunicaciones judiciales directas⁵⁷ que se remiten entre autoridades judiciales de distintos países sin la intervención de ninguna otra autoridad administrativa. Esta vía podría llevarse a cabo tanto de forma escrita, mediante correo electrónico o fax, o en forma oral, ya sea por teléfono, videoconferencia u otro medio de transmisión de voz e imagen. Su uso podría tener como propósito cumplimentar un pedido de información sobre la normativa u otros aspectos del sistema jurídico del juez requerido, o bien un intercambio de información sobre algún caso específico que vincule a los dos jueces.

A pesar de los matices que impone una realidad jurídica propia y una dinámica particular concerniente a las relaciones privadas internacionales, Cuba no se aleja del contexto descrito. En los últimos años confluyen imperativos fácticos que demandan una atención más acuciada, tanto por el legislador como de los diversos operadores jurídicos, en interés de potenciar y mejorar la cooperación jurídica internacional en las relaciones privadas internacionales.

En nuestro país, la cooperación jurídica internacional ha experimentado avances paulatinos que inicialmente se hicieron más notables en el ámbito convencional, con pocos avances en el ordenamiento nacional autónomo que demanda la atención del legislador, en pos de adecuar el régimen material a los actuales requerimientos y escenarios que caracterizan las relaciones privadas internacionales, así como los avances en las vías o canales utilizados para su tramitación. A ello se une la participación de nuestro país en varios espacios o foros de intercambio sobre la materia, en cuyo ámbito se han dado pasos e incorporan estándares superiores de desarrollo en materia de cooperación internacional, incluyendo las vías o mecanismos para llevarla a efecto y potenciar su desarrollo, lo cual ha experimentado importantes avances en los últimos años.

DIP II); la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, Montevideo, 1979 (CIDIP II); el Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Montevideo, 1979 (CIDIP II). ARRIOLA ESPINO, M.: **Cooperación judicial internacional en el sistema de Derecho Internacional Privado peruano**, *Revista Oficial del Poder Judicial* 1/1 2007, Perú, p. 113.

57 Véase al respecto el Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial Internacional aprobado durante la Asamblea Plenaria de la XVII edición de Santiago de Chile efectuada los días 2 al 4 de abril de 2014 en el ámbito de la Cumbre Judicial Iberoamericana, el con el objetivo de avanzar hacia nuevos mecanismos de cooperación. El Capítulo V alude a las herramientas de cooperación judicial internacional y los anexos 5. b y 5. c se refieren a los Lineamientos emergentes y principios sobre comunicación judicial y a las Directrices aplicables a las comunicaciones entre tribunales en procesos internacionales.

A pesar de las reformas que introduce la vigente norma procesal, en materia de cooperación jurídica internacional aún muestra cierta quietud. La norma carece un sistema especial concebido y regulado en función de reglamentar la cooperación jurídica internacional, y perviven en su práctica procedimientos, criterios y principios que en muchos países y legislaciones, se han atemperado a los imperativos de la una nueva realidad, hechos y circunstancias en pos de mayor seguridad, protección y garantías, así como celeridad en las respuestas jurídicas requeridas en el tránsito procesal.

Por otro lado merecen destacar las facilidades que provee el sistema, unas sostenidas desde la predecesora norma, reiteradas en la actual regulación y otras que se incorporan en la presente, que conforman el sistema de cooperación jurídica internacional de los tribunales cubanos. Entre ellas se acepta la celebración de audiencias mediante el empleo de la videoconferencia u otras tecnologías que posibiliten la adecuada transmisión del acto⁵⁸. Con respecto a las diligencias de prueba, citaciones, requerimientos, emplazamientos y notificaciones que deban ejecutarse fuera de la competencia territorial del tribunal cubano que las haya dispuesto, se libran los despachos correspondientes mediante las solicitudes de cooperación judicial internacional, de conformidad con los tratados en vigor para la República de Cuba y las demás disposiciones legales dictadas al efecto. De igual forma se procederá para dar cumplimiento en Cuba, a los despachos y solicitudes de cooperación judicial internacional de los tribunales extranjeros o de las cortes arbitrales, por los que se requiera la práctica de alguna diligencia de prueba o de medidas cautelares dispuestas por ellos, que deban practicarse en el territorio nacional, siempre que no se opongan a las leyes o al orden público⁵⁹.

Con respecto a la práctica de pruebas se remite al empleo del auxilio judicial para aquellas que deban practicarse fuera de la demarcación territorial en la que se ubica la sede del tribunal. Con tal propósito se autoriza la realización de determinados medios probatorios mediante el empleo de la videoconferencia u otros medios tecnológicos aptos para transmitir, directamente y de modo fiable, la imagen y el sonido, en tanto el tribunal deberá adoptar las medidas para que la prueba practicada por medios tecnológicos se realice conforme a derecho⁶⁰.

A lo anterior se une la incorporación paulatina del Estado cubano a diversos convenios internacionales, la presencia y participación de Cuba en diferentes foros normativos y de intercambio, y de manera especial la incorporación a algu-

58 Artículo 128 incisos 1 y 2 del Código de Procesos vigente en Cuba.

59 Artículo 180 incisos 1 al 3 del Código de Procesos vigente en Cuba.

60 Artículo 308 al 313 del Código de Procesos vigente en Cuba.

nos Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que introducen regulaciones puntuales en esta materia⁶¹.

Se habla también de la cooperación jurídica internacional en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, en las que el deber de cooperación se muestra de manera particular⁶² y que igualmente constituye un aspecto esencial cuando se estudia y analiza el sistema de acceso transnacional a la justicia.

4.3. ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN CUBA

El acceso a la justicia como derecho implica también el acceso a todos “los medios a través de los cuales los derechos se hacen efectivos”⁶³. La eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental, vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso. Implica además superar las dificultades que puedan afectar la eficacia de las resoluciones dictadas fuera de los Estados donde deban tener sus efectos, cuestión que también recibe la atención desde el ámbito de la cooperación jurídica internacional como expresión de ésta.

El Código de los Procesos vigente en Cuba, contenido en la Ley 141/2021, en su TÍTULO IX relativo a la ejecución, mantienen las regulaciones especiales en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras contenidas en el su Capítulo tercero en las que se incluyen varias modificaciones que afectan el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en Cuba. La dedicación de un capítulo especial para regular esta materia es el primero de los cambios que merita ser destacado, lo que además incluye la denominación asignada, en la que se distinguen las dos fases o momentos que caracteriza al procedimiento que incluye tanto el reconocimiento como la ejecución, en los casos en que sea éste sea el efecto que se demanda respecto la resolución requerida, aspecto carente de tal distinción en su precedente normativa.

Son diversos los avances que cualifican y perfeccionan las regulaciones contenidas en la norma relativo a los requisitos, condiciones y características del régimen en materia de reconocimiento ejecución de resoluciones extranjeras en

61 Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, procediendo al depósito del instrumentos de adhesión el 20 de febrero de 2017 entrando en vigor a partir de 1 de diciembre de 2017; y el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho el 25 de octubre de 1980 y en vigor a partir del 1º de diciembre de 1983. El 12 de septiembre de 2018, Cuba procedió al depósito del instrumento de adhesión al Convenio, en vigor en el país a partir del 1 de diciembre de 2018.

62 AUDIT, B.: **Droit international privé**, Économica, París, 2000, 3ª ed., París, Dalloz, p. 392.

63 APELLETTI y GARTH. **Accès à la Justice et Etat-Providence. Institut Universitaire Européen**, Économica, París, 1984. Citado en CJI/ doc. 564/ 18, p. 2.

el país. En primer lugar, se adopta un criterio más amplio en materia de los actos que podrían ser objeto del referido trámite, lo cual no se limita sólo a las sentencias, que fue hasta este momento el que pervivió en la derogada norma procesal, y cuya interpretación restringida fue el motivo y fundamento utilizado por el judiciary para denegar solicitudes sustanciadas en el país, al no corresponderse con el concreto designio adoptado por el precepto.

El régimen de condiciones aplicable en ausencia de tratados establece una relación taxativa de supuestos que se deberán observar, éstas incluye⁶⁴: que no hayan sido dictadas en asuntos sobre los cuales los tribunales cubanos ejercen de manera exclusiva su jurisdicción; que el demandado haya sido emplazado y notificado, en forma legal, de acuerdo con las normas del Estado de donde provenga el fallo; que no contravengan el orden público; que no sean incompatibles con resolución anterior dictada en la República de Cuba, entre las mismas partes, con el mismo objeto e identidad de causa; que no sean incompatibles con resolución precedente dictada en otro Estado, entre las mismas partes, con identidad objetiva y de causa, siempre que la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en la República de Cuba; que el proceso en el cual recayó la resolución cuyo reconocimiento se pretende, se haya iniciado con anterioridad a cualquier proceso promovido en la República de Cuba con identidad de sujetos, objeto y causa; que el tribunal extranjero que dictó la resolución tuviera competencia para ello; que el documento contentivo de la resolución haya sido expedido con los requisitos exigidos para su autenticidad en el país de donde proceda y con los establecidos en la legislación cubana para que surtan efectos en el territorio nacional; y que se señale con el domicilio o lugar de localización, en la República de Cuba, de la persona condenada por la resolución cuya ejecución se interesa.

Sin pretender extendernos en el comentario de cada una de tales condiciones, no debemos dejar de mencionar al menos tres aspectos de avanzada que incorporan tales condiciones. En primer lugar, es clara la norma cuando excluye la posibilidad de admitir la eficacia de resoluciones extranjeras que se hayan dictado sobre materias que corresponden a exclusiva jurisdicción de los tribunales cubanos, aspecto sobre el cual ya comentamos en las reflexiones antes expuestas en este propio trabajo.

En segundo lugar se elimina la rebeldía del demandado como causa de denegación del reconocimiento y la ejecución de la resolución extranjera, sin considerar los motivos que podrían dar como resultado dicha rebeldía. Su dicción y aplicación en *stricto sensu* resultó siempre desafortunada y otra de las causas que

64 El actual sistema de condiciones establecido en la norma procesal se regula en su artículo 473.

generó la denegatoria de la eficacia en el país de resoluciones extranjeras, debido a las interpretaciones que desatendieron la colocación voluntaria por la que podría optar el demandado de manera intencionada para evitar los efectos posteriores de la resolución dictada. De esta manera, la ausencia del demandado en el proceso podría conducir a la consecuencia de que la decisión extranjera no fuera reconocida ni ejecutada en Cuba.⁶⁵

Como tercer aspecto destacable es la exclusión del requisito de la reciprocidad como causa de denegación, cuya aplicación trascendía a la eficacia de la sentencia toda vez que esta se hacía depender de la posición del Estado de origen respecto a las decisiones adoptadas en el Estado requerido. Ello implicaba una situación de retorsión toda vez que la decisión extranjera podría resultar denegada, si no se probaba que el Estado de donde provenía dicha decisión reconocería las pronunciadas en Cuba, lo que generaba otro obstáculo para la entrada de decisiones extranjeras al país.

Otro elemento importante de mejora está referido a la inclusión del orden público cuya contravención motivaría la denegatoria del reconocimiento y la ejecución. Su inclusión abre un abanico que se extiende a la aplicación de un concepto más amplio a la hora de evaluar la procedencia de su eficacia, frente al limitado criterio antes regulado y que modifica el precepto que solamente se refería al hecho de que las sentencias recayeran sobre obligaciones lícitas conforme a la legislación cubana.

No obstante, aún perviven aspectos que detraen la posibilidad de calificar el sistema establecido en la norma con cualidades de mayor apertura. Entre ellos se sostiene la condición que requiere la indicación precisa del domicilio o lugar de localización en Cuba, de la persona condenada por la resolución cuya ejecución se interesa. Se trata de una condicionante que podría derivar en obstáculo para lograr la eficacia de resoluciones en el país cuando el obligado a cumplirla carezca de domicilio en éste territorio o proceda de manera intencionada a modificarlo para evitar tales efectos. Por otro lado, podría ocurrir que la parte condenada no haya radicado su domicilio en el país, pero se localicen aquí determinados bienes sobre los cuales podría hacerse efectiva la resolución de que se trate.

Respecto a la tramitación de la solicitud igualmente se introducen varios cambios que dotan al sistema de mejores cualidades⁶⁶. Entre ellas mejora la definición de los plazos para la contestación de la parte contra la cual se haya dictado la resolución y al fiscal, así como para la realización de la comparecencia en el caso de que se entienda necesaria. Por otro lado, se da la posibilidad del recurso

65 ARROM LOSCOS, R.: **El sistema de homologación de sentencias extranjeras en la LEC**, en *RGD*, pp. 14192 y 14193.

66 El referido trámite se regula en el Código de Procesos mediante los artículos 474 y 475.

de súplica contra el auto que ordene o deniegue el cumplimiento de la resolución extranjera.

Teniendo en cuenta la distinción que reconoce la propia norma entre el reconocimiento y la ejecución, el legislador ha considerado la posibilidad de que la parte interesada solamente requiera su pronunciamiento sobre la admisión de la resolución extranjera, en cuyo caso dictará el auto aceptando o no dicha pretensión y librára los oficios que correspondan.

Sin lugar a dudas tales reformas se encaminan en dirección progresiva y rectifica varios de los aspectos de su predecesora dispositiva que implicaban importantes limitaciones y obstáculos para el logro de la eficacia de resoluciones extranjeras en el país y su consecuente implicación en materia de acceso de a la justicia. Sin embargo, como hemos visto, persisten cuestiones que todavía ensombrecen y deslucen el logro mejores perfiles en su concepción vistas en cuestiones de mínimos que poco o casi nada deberá afectar principios de máximas consideraciones como la soberanía, el interés y el orden público, entre otros.

4.4. ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA Y EL USO DE INTERNET Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN CUBA

La irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones privadas internacionales entre las personas promueve su análisis desde los retos que implica su uso y las herramientas que ofrece y pone en función de tales relaciones. Ello atrae la atención y pone en función de sí al Derecho Internacional Privado el que deberá proveer su adaptación a las particularidades y complejidades que ello implica.

Esta incursión no solamente se aprecia en función y a consecuencia de las relaciones en sí mismas, sino también en las bondades que ofrece en función de poner similares herramientas al servicio del acceso a la justicia cuando en esta alcance visos de internacionalidad. Por lo que en términos generales corresponderá a éste Derecho garantizar la protección de los individuos en todas aquellas relaciones jurídicas privadas, que presenten elementos extranjeros, incluyendo el ejercicio de los derechos que podrían verse implicados en este espacio de relaciones.

Desde esta perspectiva, ya no se trata solamente de regular relaciones en ámbitos territoriales separados por fronteras físicas, que permite con cierta facilidad localizar territorialmente las relaciones jurídicas a fin de regularlas por una determinada legislación nacional, determinar la jurisdicción de los tribunales y lograr la eficacia de sus resoluciones, aún allende las fronteras nacionales⁶⁷.

67 SCOTTI, L. B.: *Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado*, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, UNLP, Año 17, Nº 50, 2020, pp. 409-442.

En la actualidad muchas y diversas relaciones privadas internacionales, especialmente en el esfera del comercio internacional hacen uso de las herramientas que ofrecen los espacios virtuales, que configura un escenario de interacción distinto al tradicional. Ello ha motivado a muchos plantear y defender la idea sobre la existencia de nuevos paradigmas y construcciones en el Derecho Internacional Privado, frente a quienes defienden su pervivencia tal cual, y abogan por el sostenimiento de las reglas clásicas, aunque con su debida interpretación y adaptación a un escenario distinto y de naturaleza particular que le imprime el espacio de las ciber-relaciones internacionales⁶⁸.

Cuando nos referimos al acceso transnacional a la justicia relacionado con el uso de Internet y las nuevas tecnologías, indefectiblemente nos coloca en el escenario de la cooperación jurídica internacional, en el que el entorno virtual ofrece diversos mecanismos y herramientas de incuestionable necesidad y utilidad. Su uso pretende agilizar y facilitar los trámites procesales más allá de las fronteras del tribunal que ejerce su jurisdicción en el asunto, y llevar a cabo el diligenciamiento de los trámites procesales efectuados *on line*, con las garantías requeridas en virtud del debido proceso. No obstante, ello deberá andar de la mano de normas que reconozcan su uso desprovistas de exigencias que no consideren, limitan o excluyan el uso de las tecnologías de comunicación en función de tales propósitos.

En términos generales su uso se ha extendido como herramienta para llevar a cabo las comunicaciones directas entre jueces de diferentes países o autoridades centrales, para la realización de audiencias por video conferencia, también se habla de la realización de exhorto electrónico, entre otros.

En el marco de la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica (COMJIB), efectuada en Mar del Plata, fue aprobado el “Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia”, y su Protocolo Adicional, en vigor desde el 17 de julio de 2014. El instrumento internacional tiene como objeto favorecer el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de los Estados partes como un medio para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil comercial y penal y en otras materias que ello se acuerde⁶⁹.

Frente a este escenario, el Estado cubano ha dado algunos pasos dirigidos a implementar y desarrollar en el país el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito judicial, tanto en el orden interno como internacional. El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba⁷⁰, aprobó el Dictamen

68 OYARZÁBAL, M.: **La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional**. *DeCITA. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, N° 5/ 6, 2006, pp. 130-131.

69 Artículo 1.

70 Mediante el Acuerdo No. 151 de fecha 16 de julio de 2015.

No. 446/2015 mediante el cual se incorpora la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones en los procesos judiciales, como medios y herramientas para hacer más efectiva y menos costosa la actividad jurisdiccional. Paralelamente se establece la necesidad de incorporar la videoconferencia como medio para escuchar testimonios o declaraciones de personas que se encuentren en sitios muy distantes o impedidos de comparecer personalmente ante las autoridades judiciales, lo que consecuentemente supone su eficacia como medio de prueba cuando se realiza dentro del territorio nacional o se solicita para ser efectuada con otros países.

La introducción de la videoconferencia para la práctica de pruebas en los procesos judiciales, constituye una novedad en el quehacer de los órganos jurisdiccionales, lo que ha generado la necesidad de realizar precisiones sobre las pautas a seguir para su instrumentación, cuestiones que fueron establecidas mediante la Instrucción 232 de 2026, del Tribunal Supremo Popular⁷¹. A ésta le sucedió la Instrucción 251 de 2020 del propio órgano de justicia⁷², en la cual se valida el empleo de la videoconferencia como medio efectivo, pronto y menos costoso para el funcionamiento de su actividad, considerando además la necesidad de ampliar su uso como opción viable para la celebración de las audiencias y demás actos judiciales que se disponen en la tramitación de los procesos en todas las materias, cuando las peculiaridades del caso lo ameriten.

La Instrucción establece la pertinencia del uso de la videoconferencia en los casos en que resulte necesario para la tramitación de los procesos en todas las materias jurisdiccionales como medio para realizar las audiencias y demás actos judiciales previstos en las leyes de procedimiento. En interés de garantizar el cumplimiento del principio de inmediación, se deberá observar el cumplimiento de los principios del debido proceso establecidos en la Constitución, las leyes, los tratados internacionales de los que Cuba sea signataria, así como las disposiciones aprobadas por el supremo órgano judicial.

Con fecha del 27 de abril de 2021 Cuba se convirtió en el segundo país en ratificar el tratado relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales, conocido como Tratado de Medellín⁷³. Desde la entrada en vigor del referido tratado⁷⁴, las solicitudes

71 Publicada en la Gaceta Oficial Nro. 1 Ordinaria, de 7 de enero de 2016.

72 Publicada en la Gaceta Oficial No. 41 Extraordinaria, de 10 de agosto de 2020.

73 Al respecto puede verse <https://comjib.org/cuba-se-convierte-en-el-segundo-pais-en-ratificar-el-tratado-de-medellin/>, consultado el 20 de noviembre de 2022. El referido instrumento de cooperación internacional se abrió a la firma en el mes de julio de 2019 durante la XXI Asamblea Plenaria de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), celebrada en la ciudad de Medellín, Colombia. Los primeros signatarios fueron Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Paraguay, Portugal y Uruguay, el mismo año se unió Andorra y en mayo de 2020 se convirtió en el primer país y proceder a su ratificación.

74 El Tratado entró en vigor el 9 de mayo de 2022.

de asistencia entre Autoridades Centrales de países partes serán válidas y no requerirán de su remisión física posteriores cuando se realicen mediante el uso de la Plataforma Iber@, siempre que el tratado en vigor entre las partes habilite la comunicación directa entre las referidas autoridades.

A los efectos del tratado se define como solicitud de cooperación jurídica internacional, aquellas que se realicen entre Autoridades Centrales y cuya transmisión se lleve a cabo al amparo de un tratado en vigor tanto en materia penal, civil, comercial, laboral, administrativo o cualquiera otra materia de derecho, así como las actuaciones posteriores derivadas de las mismas o que se entren amparadas en el mismo tratado.

5. CONCLUSIONES

El incremento de la movilidad internacional de los cubanos y los flujos migratorios transfronterizos desde y hasta nuestro país, así como el comportamiento de las relaciones comerciales en las que participan empresas cubanas o tienen en Cuba un punto de relación, colocan su influjo en el incremento de situaciones jurídicas diversas y complejas sin precedentes, e incide en el incremento y la complejidad de las controversias que se producen a partir de la presencia de elementos extranjeros.

Se perfecciona el sistema para la determinación de la jurisdicción y la competencia de los tribunales cubanos, mediante la incorporación de criterios antes ausentes y perfecciona otros que hasta ahora resultaron disonantes frente la dinámica y realidad de las relaciones transfronterizas.

En materia de cooperación internacional varias normas muestran la posición del legislador en favor de emplear mecanismos que provean de mayor celeridad al curso del proceso. Se reconoce la celebración de las audiencias utilizando la videoconferencia u otras tecnologías que posibiliten la adecuada transmisión; mientras que las regulaciones en materia de auxilio judicial permiten la realización de diligencias de prueba, citaciones, requerimientos, emplazamientos y notificaciones previa presentación de las solicitudes de cooperación judicial internacional, de conformidad con los tratados en vigor para la República de Cuba y las disposiciones legales dictadas al efecto.

La internacionalización del proceso civil se denota también mediante la inclusión de una técnica más depurada en cuanto a la reglamentación del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, con modificaciones significativas tanto en el régimen de condiciones que establece la norma como en aspectos relativos a la tramitación del proceso.

Queda entonces en manos en los operadores del Derecho, y en especial de la judicatura cubana utilizar las herramientas jurídicas que el legislador pone en

sus manos. El Derecho Internacional Privado cubano mira hacia nuevos horizontes. Sus renovados aires soplan en dirección favorable y en especial hacia la protección del acceso a la justicia. Por los mismos cauces deben andar nuestros jueces dotados de poder y vestiduras para delinear con la mejor precisión su aplicación en favor propiciar desde su sagrario un mejor acceso transnacional a la justicia.

FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL BRASILEIRA À LUZ DAS NOVAS TECNOLOGIAS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO ACESSO À JUSTIÇA EM LITÍGIOS DE INTERNET

AUGUSTO JAEGER JUNIOR¹

NICOLE RINALDI DE BARCELLOS²

1. INTRODUÇÃO

Profundos e complexos desafios impostos ao direito internacional privado contemporâneo originam-se em litígios de internet³, à medida que a peculiar desterritorialização do *ciberespaço*⁴ contrapõe-se à tradicional territorialidade das ordens jurídicas nacionais⁵. No campo da jurisdição internacional e das novas tecnologias, destacam-se os debates acerca dos limites jurisdicionais em

-
- 1 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em Porto Alegre, Brasil. Professor Titular da Faculdade de Direito. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Internacional da Concorrência" (UFRGS/CNPq). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Pós-doutor pela Alexander von Humboldt-Stiftung na Universidade de Heidelberg, Alemanha. Autor e organizador de livros sobre as temáticas de Direito Internacional Privado e de Direito da União Europeia, tais como *Europeização do Direito Internacional Privado: Caráter Universal da Lei Aplicável e outros Contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Juruá Editora, Curitiba, 2012, 672 p. e *Europeização da parte geral do direito internacional privado: estudos sobre uma codificação do direito internacional privado na União Europeia através de um Regulamento Roma Zero*, Editora RJR, Porto Alegre, 2016, 584 p., entre outros. E-mail: jaeger@ufrgs.br
 - 2 Professora da Faculdade Verbo e das Faculdades Integradas São Judas Tadeu, em Porto Alegre, Brasil. Doutora em Direito Internacional na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGDir. / UFRGS), com período de estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa, em Portugal, com bolsa de estudos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito Internacional pela UFRGS, com bolsa da CAPES. Autora do livro **Cooperação jurídica internacional na defesa da concorrência: convergência de instrumentos na cooperação entre autoridades concorrenciais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. 231 p. E-mail: nicoledebarcellos@gmail.com
 - 3 Sobre o objeto do direito internacional privado, ver, por todos: BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. **Traité de droit international privé**. t. I. Paris: LGDJ, 1993, p. 17. Sobre o tema, posicionamo-nos em: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. **Curso de Direito Internacional Privado**. 12 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro, 2017, p. 3-4. Para as relações entre direito dos conflitos, jurisdição internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras, ver: LIMA PINHEIRO, Luis de. A triangularidade do direito internacional privado: ensaio sobre a articulação entre o direito de conflitos, o direito da competência internacional e o direito de reconhecimento. In: LIMA PINHEIRO, Luis de. **Estudos de direito internacional privado: direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 225-293.
 - 4 O termo *ciberespaço* às vezes é tratado como sinônimo de internet, mas na verdade é um conceito mais amplo. A invenção da palavra *cyberspace* é atribuída ao escritor de ficção-científica norte-americano William Gibson, em sua obra *Neuromancer*, de 1982, que utilizou o termo para definir uma rede de computadores futurista, um mundo virtual. Segundo a UNESCO, o *ciberespaço* é um espaço virtual mundial, diferente do espaço real, com muitas subcomunidades distribuídas de forma desigual usando um ambiente técnico, que é a Internet – no qual cidadãos e organizações utilizam tecnologias de informação e comunicação para suas interações sociais e comerciais. UNESCO. **Internet Governance Glossary**. Disponível em: < <https://en.unesco.org/glossaries/igg> >. Acesso em: 15 dez. 2022. Sobre a desterritorialização da internet e do *ciberespaço*, em relação à jurisdição, ver: MENTHE, Darrel. **Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces**. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, v. 4, n. 1. Ann Arbor: University of Michigan, 1998, p. 69-103; BYASSE, William. Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community. **Wake Forest Law Review**, v. 30, n. 1. Winston-Salem, Carolina do Norte: Universidade Wake Forest, 1995, p. 197-220.
 - 5 Sobre o tema, veja-se o relevante estudo de Pedro de Miguel Asensio: ASENSIO, Pedro de Miguel. **Conflict of Laws and The Internet**. Chalterham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020

conflitos que envolvam diferentes ordenamentos jurídicos, à luz da dispersão dos conteúdos disponibilizados na rede mundial de computadores, assim como a tormentosa luta pela eficácia de decisões sobre a matéria.

Segundo Javier Carrascosa González, o grande problema dos conflitos de internet ocorre em razão da ubiquidade desse meio, onde se constata uma dificuldade na localização da relação jurídica, algo necessário ao direito internacional privado⁶. Ademais, existe um certo grau de incompatibilidade nesse cenário, distintos critérios para a fixação da jurisdição podem ser ponderados pelo intérprete do direito, como o domicílio daquele que pratica o ato, o local de ocorrência do dano ou de prática do ilícito, havendo inclusive propostas para que seja repensado o papel da territorialidade⁷. Soma-se a isso a questão da eficácia territorial das decisões vinculadas a conflitos transfronteiriços de internet, em que a garantia plena de efetividade do direito material em um ambiente global é incerta⁸.

Com base no exposto, o objetivo do presente estudo é investigar os fundamentos da jurisdição internacional brasileira à luz dos conflitos envolvendo novas tecnologias. Pretende-se analisar especialmente as soluções propostas pela ordem jurídica brasileira na matéria, tanto no plano legislativo, quanto no jurisprudencial. O estudo é proposto em continuidade às pesquisas já apresentadas no âmbito da Rede de Processo Civil Internacional sobre os fundamentos da jurisdição internacional brasileira à luz de princípios aplicáveis ao direito processual civil internacional⁹.

Para desenvolver o objetivo proposto, o estudo foi dividido em duas partes. Na primeira seção são investigados os fundamentos da jurisdição internacional à luz dos emergentes conflitos transfronteiriços de internet, propondo-se uma ressignificação na abordagem dos litígios em razão da natureza transfronteiriça e

-
- 6 Em seu curso da Haia que tratou da Internet, ministrado em 2015, o doutrinador abordou especificamente a privacidade e os direitos envolvendo personalidade, onde afirmou que a internet é um novo continente para o direito internacional privado. Segundo o autor: “The Internet, Cyberspace, is also a nightmare for experts in law. [...] Traditional national laws are not prepared to regulate activities developed in the Internet because these activities frequently lack a physical base [...] Hence, when a contract is performed on the Internet, for example by downloading one or several files on the PC of an individual, the traditional legal concept of “place of performance” is not appropriate. In fact, there is no physical place where the obligation is performed”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. The internet – Privacy and Rights Relating to Personality. *Recueil des Cours*, v. 378. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2018, p. 293.
 - 7 SVANTESSON, Dan Jerker B. *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 13-56.
 - 8 KOHL, Uta. Conflict of Laws and the Internet. In: BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen (Eds.). *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Livro digital; KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 33.
 - 9 JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Fundamentos da jurisdição internacional brasileira com conceitos tradicionalmente utilizados no direito internacional privado, como é o caso do local do ilícito, tendo em vista que pessoas localizadas em diferentes Estados podem acessar o conteúdo na internet”. In: LOPES, Inez; PALAO MORENO, Guillermo; GASPAR, Renata Alvares; PALUMA, Thiago. *Litígios Cíveis Internacionais no espaço Ibero-Americano*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, p. 197-212; JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Fundamentos de la jurisdicción internacional brasileña a la luz de los principios aplicables al derecho procesal civil internacional. In: LOPES, Inez; PALAO MORENO, Guillermo; GASPAR, Renata Alvares; PALUMA, Thiago. *Litígios cíviles internacionales en el espacio iberoamericano*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 204-219.

global da internet. Na segunda, investigam-se os critérios de jurisdição internacional existentes na ordem jurídica brasileira, seus principais fundamentos e as consequentes soluções jurisprudenciais à luz dos litígios envolvendo novas tecnologias.

O método de abordagem teórica da pesquisa é o dedutivo, porquanto serão analisados os fundamentos da jurisdição internacional à luz dos conflitos de internet, seguidos da sua aplicação junto ao sistema processual civil brasileiro, utilizando-se, também, do método comparativo para investigar as experiências relevantes de outros países e organizações internacionais com relação ao tema¹⁰. O método de procedimento utilizado é a análise bibliográfica de doutrinas nacional e estrangeira especializadas, de instrumentos publicados pelas organizações internacionais, de legislações e de jurisprudência, realizando-se uma pesquisa de caráter exploratório.

2. REAVALIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL À LUZ DAS NOVAS TECNOLOGIAS E DOS CONFLITOS DE INTERNET

A jurisdição internacional, caso considerada através do prisma do direito internacional privado, volta-se à disciplina das normas, dos fundamentos, dos princípios e dos limites da jurisdição de determinado Estado em vista dos litígios que possuam conexão internacional. Tratam-se de litígios dotados de algum elemento de estraneidade, conforme a natureza das relações subjacentes, jurídicas ou de vida, que têm por objeto, e não propriamente a natureza dos tribunais que exercem a jurisdição sobre eles¹¹. Isto é, são julgados por tribunais domésticos na atribuição de suas funções, instituída por meio do exercício da soberania estatal, tendo em vista que a administração da justiça representa uma das funções essenciais do Estado como organização política¹².

O presente tópico do estudo propõe uma reavaliação dos fundamentos da jurisdição internacional à luz das novas tecnologias e dos conflitos de internet. Parte-se da exposição dos fundamentos principiológicos da jurisdição internacional (ponto 2.1), para que então seja feita uma análise crítica da necessidade de se

10 Quanto ao método comparativo, utiliza-se como referência os seguintes autores: VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. v. 1. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2019. 566 p; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to comparative law*. Third Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1998. 714 p;

11 FRAGISTAS, Charalambos N. La compétence internationale en droit privé. *Recueil des Cours*, t. 104. Leiden: Nijhoff, 1961, p. 167. Sobre os elementos de estraneidade, ver: Sobre o tema, ver: ELHOUEISS, Jean-Luc. Retorno à qualificação *lege causae* no direito internacional privado. In: VIEIRA, Iacyr de Aguiar (org.). *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado*: tomos I e II. Curitiba: Juruá, 2011, p. 221-225. A análise presente nesta tese resume-se à atividade dos tribunais domésticos, e não a dos tribunais internacionais. Para um estudo completo sobre a jurisdição dos tribunais internacionais, ver: MENEZES, Wagner. *Tribunais internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 213. 432 p.

12 MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International de la Haye*, t. 135. Leiden: Nijhoff, 1972. p. 11.

ressignificar os princípios da soberania e da territorialidade, com vista à promoção da justiça material aos litígios envolvendo as novas tecnologias e a internet (ponto 2.2).

2.1. FUNDAMENTOS PRINCIPOLÓGICOS DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: SOBERANIA, TERRITORIALIDADE, PROXIMIDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Os Estados são livres para a determinação dos critérios de jurisdição¹³, via de regra, de modo que as escolhas devam ser orientadas por elementos balizadores e normas que fixem critérios de forma razoável, a fim de se evitar um exercício exorbitante de jurisdição¹⁴. A razoabilidade é manifestada na jurisdição internacional quando é valorizada a proximidade da relação jurídica com o foro, a igualdade entre as partes e a promoção de ideais de justiça material ao caso concreto, elementos voltados à proteção dos direitos fundamentais¹⁵.

Isto é, a delimitação das jurisdições nacionais para casos transfronteiriços encontra-se profundamente influenciada por princípios de direito que se voltam à concretização da justiça aos indivíduos¹⁶. Destes princípios, podem ser especialmente destacados o princípio da soberania, da proximidade e do acesso à justiça, tendo em vista que estes estão na base da fixação das regras de jurisdição pelos Estados, e restam modulados conforme os interesses a eles inerentes sejam valorizados em determinada ordem jurídica. Além destes, pode-se mencionar o princípio da territorialidade, que fundamenta o estabelecimento da maioria dos critérios de jurisdição.

O princípio da soberania delimita que deve o Estado pacificar os conflitos ocorridos em sua jurisdição, tendo em vista que a atividade jurisdicional é uma função decorrente da soberania estatal¹⁷. Ele se manifesta no exercício do poder

-
- 13 MANN, Frederik Alexander. The doctrine of jurisdiction in international law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, v. 111. The Hague: Hague Academy of International Law, 1968, p. 11-12.
- 14 JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Comparative Transnational Civil Procedure: exclusive and exorbitant jurisdiction in Brazil, United States of America and European Union. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, n. 54, v. 1. Curitiba: UNICURITIBA, 2019. p. 73-96.
- 15 Sobre a razoabilidade de jurisdição, veja-se: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales. *Recueil de Cours*, v. 323. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 2006, p. 53-70; PICONE, Paulo. Les methods de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. *Recueil des Cours*, v. 276. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1999, p. 79; LOWENFELD, Andreas. International litigation and the quest for reasonableness. *Collected Courses*, v. 196. The Hague: Hague Academy of International Law, 1994.
- 16 JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Fundamentos da jurisdição internacional brasileira à luz de princípios aplicáveis ao direito processual civil. In: LOPES, Inez; PALAO MORENO, Guillermo; GASPAS, Renata Alvares; PALUMA, Thiago. *Litígios Cíveis Internacionais no espaço Ibero-Americano*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, p. 197-212; Sobre a permeabilidade da disciplina a ideais de justiça, ver: BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Cours general. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 341. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010. 526 p. Sobre as interações entre constituição e jurisdição, ver: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Direito internacional privado e constituição: introdução a uma análise das suas relações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979 (3ª reimpressão, 1994), p. 38-39; DIAS, Rui Pereira. Jurisdição e constituição. Termos de uma interação (entre regras europeias de jurisdição e direitos fundamentais de defesa). In: AMARAL, Maria Lúcia. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Almedina: Coimbra, 2016; BEITZKE, Günter. *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*. Berlin: De Gruyter, 1961, p. 10-33.
- 17 MILLS, Alex. Rethinking jurisdiction in international law. *The British Yearbook of International Law*, v. 84, n. 1. Oxford:

sobre as pessoas e coisas situadas no território do Estado¹⁸, o que, de acordo com Carmen Tiburcio¹⁹, pode ocorrer de duas formas (i) a atividade jurisdicional propriamente dita, regulada pela legislação do foro e vinculada à tradicional função estatal de julgar litígio; (ii) a determinação de hipóteses segundo as quais o Estado exerce jurisdição, especialmente quando existentes regras que determinam a exclusividade de jurisdição com fundamento em interesses relevantes à ordem jurídica do foro. Isto é, a formação da jurisdição internacional de um Estado, bem como o seu conceito, estão relacionados à soberania, à medida que a função jurisdicional se firma no binômio possibilidade-necessidade de imposição obrigatória e inafastável da vontade do Estado²⁰.

Já o princípio da proximidade, que interage proximamente com o princípio da soberania, valoriza a essencialidade de vínculos do litígio com o foro²¹. Segundo dispõe, o foro adequado deve ser aquele mais próximo do fato, a partir da realização de um teste da conexão mais próxima²², de modo que deveriam as regras de jurisdição partir da premissa da proximidade²³.

Isto é, o tribunal a que é atribuída a jurisdição deve estar próximo das partes, do objeto do litígio ou da causa. Isto porque as partes possuem um interesse legítimo na jurisdição que seja de fácil acesso, especialmente naquela que residam habitualmente ou tenham estabelecimento²⁴. A proximidade condiz com a pró-

Oxford University Press, 2013, p. 187.

- 18 CRAWFORD, James. Sovereignty as a legal value. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martii. **The Cambridge Companion to International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 117-133.
- 19 TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: o Estado-juiz e o Estado-Parte**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 19-21.
- 20 MARQUES, Sérgio André Laclau Sarmento. **A jurisdição internacional dos tribunais brasileiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12.
- 21 LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. **Recueil des Cours**, v. 196. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1986, p. 127 e ss; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales. **Recueil de Cours**, v. 323. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 2006 p. 42 e ss.
- 22 Forte defesa da utilização do princípio da proximidade no âmbito da jurisdição internacional é verificada em Diego Fernandez Arroyo: FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales. **Recueil de Cours**, v. 323. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 2006 p. 42 e ss. Sobre o princípio da proximidade, ver o interessante estudo de Gabriel Valente dos Reis: VALENTE DOS REIS, Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 293-325. Ainda, MEINERO, Fernando P. O desenvolvimento do princípio da proximidade no direito internacional privado e sua presença no Brasil. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 2, n. 51. Curitiba: UNICURITIBA, 2018. p. 314-340. Disponível em: < [http:// revista.unicuritiba. edu. br/ index. php/ RevJur / article/ view/ 2811](http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2811)>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- 23 TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: o Estado-juiz e o Estado-Parte**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 137. Jacob Dolinger manifesta que a proximidade é um verdadeiro instrumento da razoabilidade, à medida que proporciona parâmetros cada vez mais precisos. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 2004, p. 301 e ss. Mariana Sebalhos Jorge desenvolve o tema do princípio no direito internacional privado em: JORGE, Mariana Sebalhos. **O princípio da proximidade no direito internacional privado à luz dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Sobre o tema, ver: LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil de Cours*, v. 196. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1986, p. 127; FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales. **Recueil des Cours**, v. 323. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 2006, p. 53-70.
- 24 LIMA PINHEIRO, Luís de. **Direito Internacional Privado: Introdução e Direito dos Conflitos**. Parte geral. vol. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 27.

pria ideia de conexão razoável anteriormente mencionada, isto é, de uma ligação próxima entre a relação controvertida e o Estado do foro²⁵.

O princípio de acesso à justiça volta-se à realização de todos os direitos do indivíduo, mostrando-se como um instrumento de preservação da dignidade humana²⁶. A jurisdição internacional à luz do princípio de acesso à justiça é tida como aquela que²⁷: (i) ultrapasse a mera exigência de ingresso formal das partes ao poder judiciário do Estado²⁸, que é a finalidade primeira das normas de jurisdição; (ii) esteja conectada com a dimensão da efetividade dos direitos²⁹; (ii) valorize o acesso à ordem jurídica justa, o processo adequado, efetivo, ético e com a observância do devido processo legal³⁰.

Por fim, o princípio da territorialidade decorre do princípio da soberania e prevê que a prerrogativa de legislar e jurisdicionarizar as atividades no território do Estado³¹. Segundo Dan Svantesson, a territorialidade apresenta duas funções na questão da jurisdição³². Ela busca estabelecer quando um Estado pode reivindicar a jurisdição, ao mesmo tempo que atua como uma baliza para que um Estado não se imiscua na jurisdição de outro.

Acontece que quando são abordadas as novas tecnologias e a internet, os princípios que informam a jurisdição devem ser revisitados. Estes foram concebidos em um contexto histórico e tecnológico profundamente arraigado em premissas territoriais e no Estado-nação, que são desafiados com o aprofundamento da globalização e a profusão de tecnologias de informação e comunicação, em favor de processos transnacionais centrados em atores outros que não o Estado³³.

-
- 25 Segundo Antonio Boggiano: “En primer lugar habrá que ver la relación de las partes de la controversia con el foro. También da relación de las circunstancias de hecho y las situaciones que sirvan de causa a la controversia. Y la relación entre el objeto de la pretensión con el foro”. BOGGIANO, Antonio. **Derecho internacional privado y derechos humanos**. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015, p. 101.
- 26 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 293.
- 27 BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Jurisdição internacional à luz do acesso à justiça no direito internacional privado: concretização da justiça por meio das normas processuais protetoras ao consumidor. In: MÓNACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa. (Org.). **Direito Internacional Privado: objeto, cultura, exceções e jurisdição**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2022, p. 216-228.
- 28 MENDONÇA, J. J. Florentino. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 391.
- 29 Segundo Mauro Cappelletti e Byant Garth destacam que “[a] expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos [...] a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 8.
- 30 TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: o Estado-juiz e o Estado-Parte**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 139.
- 31 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos. **Jurisdição e internet: competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018, p. 6.
- 32 SVANTESSON, Dan Jerker B. *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*. Oxford: OUP, 2017, p. 13-56.
- 33 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos. **Jurisdição e internet: competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018, p. 16. Sobre o tema, ver: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Desnacionalizando o Direito Internacional Privado – Um Direito Com Múltiplos Julgadores e Implementadores*. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir. / UFRGS**, v. 15, n. 1. Porto

Portanto, a concretização da justiça aos indivíduos envolvidos em fatos transnacionais depende de um novo olhar sobre princípios da territorialidade, da soberania, da proximidade e do acesso à justiça, à luz das interações on-line, que são, em sua essência, sem fronteiras.

2.2. PARA NOVOS CONTEXTOS, RENOVADOS CONCEITOS EM JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: REVISITANDO SOBERANIA E TERRITORIALIDADE

O direito internacional privado tem como finalidade dar soluções aos problemas advindos das relações privadas internacionais³⁴. Ocorre que a escala do alcance global das novas tecnologias e da internet está testando-o além de seus limites, pois a Internet extrapola a tradicional referência nacionalizada do direito internacional privado, que se baseia na suposição de que a atividade geograficamente delimitada dentro do território de um Estado é a norma e a transnacionalidade a exceção³⁵.

A internet é uma rede pública mundial de redes de computadores que fornece acesso a vários serviços de comunicação, incluindo a World Wide Web (WWW), por meio do transporte de e-mail, notícias, entretenimento e arquivos de dados³⁶. Esta rede mundial permite a comunicação entre pessoas de longínquos locais do mundo através de troca de mensagens, de arquivos de dados e de imagens, em interações virtuais e em tempo real³⁷. Do ponto de vista do direito internacional público, Darrel C. Menthe propõe a teoria de que o ciberespaço é o quarto espaço internacional, junto à Antártida, o espaço exterior e o alto mar³⁸.

Alegre: Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir. / UFRGS, 2020, p. 39-62.

34 ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Livro digital

35 Segundo Uta Kohl: “Paradoxically, although private international law is designed for the very purpose of accommodating global activity across and within a patchwork of national or sub-national legal units, the scale of the Internet’s global reach is testing it to and beyond its limits. Arguably, the Internet exceeds the (national) frame of reference of private international law, which is based on the background assumption that geographically delimited activity within a state’s territory is the norm and transnationality the exception. In many ways, private international law is the most quintessential national law of all. Not only is it part of national law rather than international law (except for the treaties that harmonize state conflict rules) and has been treated as such for a century or so (Paul 1988), but its very purpose is to decide which state is the most closely linked to a transnational occurrence so that its court procedures and laws should govern it. Conflicts law is state-centric in outlook and perceives international human interactions and relations, including problems facing humanity as a whole, as essentially transnational or cross-border, rather than as global, regional, or local”. KOHL, Uta. Conflict of Laws and the Internet. In: BROWNSWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen (Eds.). **The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology**. Oxford: Oxford University Press, 2019. Livro digital

36 Segundo a UNESCO: “The worldwide public network of computer networks that provides access to a number of communication services including the World Wide Web (WWW) and carries e-mail, news, entertainment and data files. Note: The Internet (with capital „I“) refers to the huge global public network which also runs the World Wide Web. Other internets – also being networks of computer networks – are written with lower case „i“”. UNESCO. **Internet Governance Glossary**. Disponível em: < <https://en.unesco.org/glossaries/iggy>>. Acesso em: 15 dez. 2022.

37 CASTRO, Emília Lana de Freitas; WINTER, Patrícia Pereira. O Conflito de Jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet. **Revista de estudos jurídicos da UNESP**, v. 18, p. 3. São Paulo: UNESP, 2014, p. 2.

38 Segundo o autor: “The thesis of this paper is that there exists in international law a type of territory which I call ‘international space’. Currently there are three such international spaces: Antarctica, outer space, and the high seas. For jurisdictional analysis, cyberspace should be treated as a fourth international space”. MENTHE, Darrel C. **Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces**. Michigan Telecommunications and Technology Law Review, v. 4, n. 1. Ann Arbor: University of Michigan, 1998, p. 71.

A arquitetura técnica da internet foi concebida a partir de uma lógica que ignora as fronteiras nacionais³⁹, de modo que o advento da rede mundial de computadores possibilitou uma comunicação transnacional em massa⁴⁰. Nesse sentido, não se pode ignorar a natureza transfronteiriça e global da internet, onde um vídeo no YouTube, um anúncio de um produto para consumo, uma mensagem instantânea no WhatsApp, um *tweet* ou uma foto no Instagram podem ser acessados, geralmente, de qualquer parte do mundo.

Acontece que essa mesma natureza transnacional, considerada uma virtude da internet⁴¹, leva a questionamentos acerca do escopo da jurisdição internacional e da adequação dos critérios que a delimitam, quando da ocorrência dos inevitáveis conflitos decorrentes dos difusos fluxos de informações e dados na rede mundial de computadores. Isto porque a internet dificulta o controle regulador físico do Estado, em razão da ausência de fronteiras⁴².

Com efeito, os sistemas de delimitação da jurisdição possuem profundas raízes no Estado-nação, que é sujeito ao princípio da soberania e possui forte influência do princípio da territorialidade. Na internet, esses sistemas se revelam falhos, devido ao alcance global das atividades (por exemplo, um conteúdo pode estar disponível no Brasil e na Argentina, mas ter sido compartilhado por um usuário na Alemanha, em uma rede social cuja sede é nos Estados Unidos da América, estando o servidor que o hospeda na Suécia). Isto é, do ponto de vista do direito internacional privado, trata-se de uma atividade extremamente complexa indicar com precisão a localização geográfica daquela relação jurídica.

Conforme dispõe Paul Berman, o avanço das questões envolvendo a jurisdição na internet depende da reavaliação dos próprios conceitos de território e jurisdição, suas significações sociais e políticas e suas respectivas origens⁴³. O autor argumenta que os modelos jurisdicionais existentes não estão devidamente sintonizados com questões de significado social, como nos casos envolvendo a internet, à medida que a maioria dos sistemas jurisdicionais estão vinculados a um princípio de soberania calcado no território geográfico; conceito alheio às concepções múltiplas, sobrepostas e muitas vezes não territoriais de comunidade que existem no mundo. Propõe, então, uma abordagem alternativa baseada na

39 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos. **Jurisdição e internet: competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018, p. 15; LEINER, Barry et al. Brief History of the Internet. **Computer Communication Review**, v. 39, n. 5. New York: ACM SIGCOMM, p. 22-31.

40 LAUX, Francisco de Mesquita. **Redes Sociais e Limites Da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro digital.

41 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos. **Jurisdição e internet: competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet**. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018, p. 16.

42 COSTA, Ligia Maura. **Direito Internacional Eletrônico – Manual das Transações On-Line**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 32.

43 BERMAN, Paul. The globalization of jurisdiction. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 2. Pennsylvania: University of Pennsylvania, 2002, p. 478 e ss.

construção de um modelo pluralista e cosmopolita de compreensão da globalização, segundo o qual deve a jurisdição ser justa para que seja cumprida⁴⁴.

Dan Svantesson, em seu turno, defende que na Internet podem ser encontrados pontos de ancoragem territoriais para demandas jurisdicionais, de modo que muitos Estados acabam fazendo amplas reivindicações que condizem com uma ampliação arbitrária da jurisdição internacional⁴⁵. De acordo com o autor, deve-se reconhecer que princípios clássicos da jurisdição, como soberania e territorialidade, não mais podem solucionar os conflitos de jurisdição.

Fabrizio Polido e Lucas Anjos abordam a crise dos princípios da soberania e da territorialidade, centralizada nos conceitos de território, comunidade e espaço, e na sua vinculação a noções desenvolvidas em contextos históricos diferentes do atual⁴⁶. Os autores dispõem que o exercício da soberania sobre um território entrou em nova fase, tendo em vista que os regimes fronteiriços hoje coexistem com complexas e intrincadas interações supra e transfronteiriças.

Nesse mesmo sentido, Saskia Sassen, ao abordar a questão dos territórios dos Estados e questionar o alcance global destes, afirma que o direito internacional contemporâneo testemunha uma desarticulação do significado de fronteiras geográficas, mas observa que a globalização econômica é, em parte, um sistema político-econômico localizado dentro dos Estados nacionais⁴⁷. Isto é, regimes transnacionais especializados implementados para governar os processos globais também entram no espaço institucional nacional e no território geográfico, e que ambas as dinâmicas estão relacionadas entre si.

Da leitura dos autores, verifica-se que as novas tecnologias e a internet, inegavelmente, apresentaram novos elementos para o tema dos conflitos de jurisdição. Os critérios de jurisdição baseados em territorialidade e soberania devem passar por uma reavaliação e renovação⁴⁸, especialmente considerando-se a pro-

44 Segundo o autor: “This conception offers a more capacious view of what constitutes a relevant jurisdictional community—one that neither limits the jurisdictional assertion based on contact with a geographical locality nor limits the range of possible community affiliations that might be relevant. My jurisdictional framework is, of course, only one possible alternative, and there are surely others that await future elaboration. But I have argued that any such model must, at the very least, account for the social meaning of legal jurisdiction. Thus, it is less important that others embrace this particular conception of jurisdiction than that they begin to see the social meaning of legal jurisdiction as an important field of discourse and study. Indeed, even if one were to reject a more pluralist conception and retain current jurisdictional frameworks, this Article makes clear that simply assuming that territorial boundaries and nation-state communities are somehow the natural and inevitable bases for a system of jurisdictional rules is not an option. Rather, any jurisdictional system must be justified (both descriptively and normatively) as the appropriate way of organizing space and conceiving of community affiliation in the contemporary world”. BERMAN, Paul. The globalization of jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 2. Pennsylvania: University of Pennsylvania, 2002, p. 529.

45 SVANTESSON, Dan. *Solving the Internet Jurisdiction Puzzle*. Oxford: OUP, 2017, p. 13 e ss.

46 POLIDO, Fabrizio Bertini Pasquot; ANJOS, Lucas Costa dos. *Jurisdição e internet: competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018, p. 16.

47 SASSEN, Saskia. When national territory is home to the global: Old borders to novel borderings. *New Political Economy*, v. 10, n. 4. New York: Routledge, 2005, p. 523–541.

48 Dan Svantesson destaca que: “Embora os princípios articulados em uma configuração possam ser legitimamente aplicados a casos em outros contextos, os casos relativos à colisão de navios diferem claramente dos que se encontram no contexto da jurisdição da Internet. E, embora os princípios jurídicos não devam ser abandonados apenas porque são velhos, também não devem deixar de

posição de normas específicas para os temas relacionados às novas tecnologias e à internet, à medida que os critérios clássicos podem ser ineficientes⁴⁹.

Para além da dificuldade da localização da relação jurídica como um todo, e a consequente aplicação dos critérios de jurisdição, a complexidade no campo jurisdicional remonta a uma paradoxal relação: a promoção do acesso à justiça para aqueles envolvidos em um litígio de internet, sem que seja configurado o exercício exorbitante da jurisdição nacional⁵⁰. Com regras de jurisdição excessivamente amplas e abertas, há o risco de que sejam julgados casos que não possuam grau de contato mínimo ou suficiente em determinada jurisdição, ao passo que com regras excessivamente estritas não são capazes de concretizar a justiça.

Nesse complexo equilíbrio, devem os Estados buscar o exercício da jurisdição razoável, preferencialmente com critérios especialmente voltados à internet e novas tecnologias, a partir da delimitação da jurisdição com aqueles que valorizem a proximidade da relação jurídica com o foro, a igualdade entre as partes e a promoção de ideais de justiça material ao caso concreto, elementos voltados à proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Não se pode estar desatento ao fato de que a jurisdição é uma atribuição do Estado contemporâneo tecnicamente direcionada para a concretização da justiça, como uma consequência do dever de tutelar direitos⁵¹. Segundo Nicola Picardi, a jurisdição é a vocação do nosso tempo, tendo em vista que no Estado de direito contemporâneo questões importantes são analisadas perante o poder judiciário⁵², pelo que esta deve ser exercida de forma razoável.

Como conclusão parcial deste ponto do estudo, destaca-se a delimitação da jurisdição nos conflitos envolvendo as novas tecnologias e a internet deve priorizar a coordenação entre os princípios da proximidade e do acesso à justiça. Ao atuarem diretamente na concretização da justiça material às partes envolvidas em um litígio, os mencionados princípios estão aptos a proporem uma renovação dos princípios da proximidade e da soberania, para que seja possível lidar com os conflitos transnacionais de jurisdição no ciberespaço.

ser reavaliados apenas porque são velhos. Dado que os métodos legais gerais exigem tratar diferentes casos distintamente, parece haver pouco sentido em fundamentar nosso pensamento sobre a jurisdição da Internet na decisão do caso Lotus". SVANTESON, Dan. **Internet & Jurisdição**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020, p. 121.

49 CASTRO, Emília Lana de Freitas; WINTER, Patrícia Pereira. O Conflito de Jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet. **Revista de estudos jurídicos da UNESP**, v. 18, p. 3. São Paulo: UNESP, 2014.

50 Sobre jurisdição exorbitante ver, de nossa autoria: JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Comparative Transnational Civil Procedure: exclusive and exorbitant jurisdiction in Brazil, United States of America and European Union. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, n. 54, v. 1. Curitiba: UNICURITIBA, 2019, p. 73-96.

51 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITTIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro digital.

52 PICARDI, Nicola. La giurisdizione all'alba del terzo millennio. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 1-3; Sobre o tema, ver contribuição de Antônio do Passo Cabral: CABRAL, Antônio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas**, v. 18, n. 35. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2015, p. 1-10.

3. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE LITÍGIOS DE NOVAS TECNOLOGIAS E INTERNET NO DIREITO BRASILEIRO

Os debates doutrinários e legislativos sobre litígios de internet, assim como as legislações sobre o tema, possuem um ponto em comum; a definição das circunstâncias nas quais um tribunal pode exercer autoridade e decidir sobre determinada disputa⁵³. No processo civil brasileiro, inexistem regras específicas que fixem critérios de jurisdição aplicáveis aos litígios envolvendo novas tecnologias e internet, pelo que os intérpretes do direito devem adaptar as normas existentes à nova realidade.

O presente tópico do estudo dedica-se à investigação da jurisdição internacional em matéria de litígios de novas tecnologias e internet no direito brasileiro. Para tal, expõe-se o regime e os fundamentos da jurisdição internacional no Brasil quanto às normas aplicáveis aos litígios de novas tecnologias e internet (ponto 3.1). Na sequência, propõe-se uma análise jurisprudencial (ponto 3.2).

3.1. REGIME E FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL NO BRASIL: NORMAS APLICÁVEIS AOS LITÍGIOS DE NOVAS TECNOLOGIAS E INTERNET

Os limites da jurisdição no âmbito nacional são estabelecidos através de regras que definam os critérios de conexão nos quais os tribunais domésticos se balizarão, com fundamento em normas processuais internas ou internacionais⁵⁴. Caso observado o direito brasileiro, as principais disposições acerca dos limites da jurisdição nacional estão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 12) e no Código de Processo Civil/2015 (artigos 21 a 26). Já no que tange à regulação das novas tecnologias e da internet, é fundamental mencionar o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/2018).

O Código de Processo Civil/2015⁵⁵ traz os critérios de jurisdição concorrente no artigo 21, ao dispor que *competete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações* em que: (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil (inciso I); (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação (inciso II); e (iii) o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil (inciso III). No artigo 22, prevê hipóteses especiais de jurisdição concorrente, dispondo que *competete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as*

53 BERMAN, Paul. The globalization of jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 2. Pennsylvania: University of Pennsylvania, 2002, p. 318

54 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Direito processual internacional e contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31-32.

55 BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

ações: (i) de *alimentos*, quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil ou o réu mantiver vínculos no Brasil (inciso I); (ii) decorrentes de *relações de consumo*, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil (inciso II); e, por fim (iii) *em que as partes, expressa ou tacitamente, se submetem à jurisdição nacional* (inciso III). Já o artigo 23 estabelece os critérios de jurisdição exclusiva, ao prever que *compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra*: (i) conhecer de ações *relativas a imóveis* situados no Brasil; (ii) em matéria de *sucessão hereditária*, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; e (iii) em *divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável*, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Nenhum dos mencionados critérios de jurisdição encontra-se especificamente voltado aos litígios de novas tecnologias e internet, concluindo-se que os conflitos sobre estas matérias podem se enquadrar quaisquer das hipóteses de jurisdição concorrente do artigo 21 do CPC (domicílio do réu, cumprimento da obrigação, ou local de prática do fato ou ocorrência do ato). Ademais, podem ainda ser aplicados critérios especiais do artigo 22 voltados às relações de consumo e ao princípio da submissão, quando se tratar de um fato transfronteiriço envolvendo o ciberespaço⁵⁶. É importante mencionar que a aplicação dos critérios não é cumulativa, pelo que a configuração de somente uma das hipóteses já dá ensejo ao julgamento na jurisdição brasileira.

No entanto, na atualidade, especial destaque é dado para o critério do local de prática do fato ou ocorrência do ato (*actor sequitur forum facti causans*), previsto no artigo 21, III do Código de Processo Civil, que é utilizado pelos tribunais brasileiros para embasar a jurisdição nacional em danos transnacionais envolvendo a internet. Trata-se de um critério que é aplicável aos atos ou negócios jurídicos, contratuais ou extracontratuais (ato praticado no Brasil), ou fatos jurídicos (fato ocorrido)⁵⁷, quando a ação tenha como causa de pedir esse ato ou fato⁵⁸.

Segundo Carmen Tiburcio, o mencionado critério fundamenta-se no princípio da proximidade e no interesse do Estado em julgar a demanda⁵⁹. Isto por-

56 Para a aplicação do artigo 22, II do CPC, relativo ao foro do domicílio do autor consumidor, veja-se: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. A jurisdição internacional e a proteção do consumidor transfronteiriço: um estudo comparativo entre as recentes alterações legislativas verificadas no Brasil e na Argentina. In: CARVALHO RAMOS, André de. **Direito internacional privado: questões controvertidas**. Belo Horizonte: Arares Editores, 2015. p. 310-323; JAEGER JUNIOR, Augusto; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. Jurisdição internacional e tutela processual do consumidor: foro do domicílio do consumidor como critério de jurisdição protetora. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 131/ 2020. São Paulo: RT, 2020, p. 325-344.

57 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105-106.

58 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 304.

59 TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: o Estado-juiz e o Estado-Parte**. Salvador: Editora JusPodium, 2016, p. 55.

que existem casos em que o juízo do local onde ocorreu o ato ou fato é o mais próximo e interessado em solucionar o conflito, como por exemplo, em uma ação de reparação de danos relativa à violação de direitos de propriedade intelectual perpetrada pela internet em que o evento danoso ou o dano tenham ocorrido no Brasil.

A fundamentação para a inclusão deste critério está nos princípios da territorialidade e da soberania, tendo em vista que o julgamento de litígios fundados em fatos ocorridos ou atos praticados no território brasileiro interessa ao Estado brasileiro⁶⁰. Tratam-se de tradicionais princípios fundantes da jurisdição internacional, que, conforme apontado neste estudo, devem ser ressignificados pelos princípios da proximidade e do acesso à justiça, para que possam adequadamente endereçar os litígios envolvendo as novas tecnologias e a internet.

Por exemplo, pode ser que um ato ilícito praticado por meio da internet tenha sido praticado no exterior, mas o evento danoso tenha ocorrido no Brasil, pois o conteúdo foi exposto aos usuários brasileiros da internet, ou até mesmo que o ato ilícito tenha sido praticado por um provedor no Brasil. Caso fosse considerado como critério de jurisdição apenas o domicílio do réu, as consequências poderiam ser muito gravosas para o autor da demanda, eventual vítima do ato ilícito, tendo em vista que tal critério poderia obstaculizar o seu direito de acesso à justiça. Nessas situações, aplica-se o critério de jurisdição inscrito no artigo 21, III para justificar a atração da demanda ao Brasil⁶¹.

No entanto, não se pode deixar de observar que este critério alarga de forma significativa a jurisdição brasileira. Isto porque, conforme dispõe André de Carvalho Ramos, o legislador brasileiro adotou uma teoria que combina a conduta e os efeitos dessa conduta⁶². Segundo o autor, com base na teoria da conduta (ou da causa) o Brasil tem jurisdição quando a conduta ocorreu em seu território. Por outro lado, pela teoria dos efeitos, é desimportante o local da conduta, bastando que o efeito dela tenha ocorrido no Brasil, isto é, que o dano tenha sido verificado em território nacional.

60 CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Livro digital; JATAHY, Vera Maria Barrera. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 83

61 Neste estudo discute-se a jurisdição internacional na esfera civil no caso de ilícitos envolvendo a internet. Na esfera penal vale o critério da nacionalidade para a determinação da jurisdição e da aplicação da lei brasileira. Segue-se o mesmo princípio, no entanto: havendo dano no Brasil, aplica-se a jurisdição e a lei brasileira. Sobre o tema, no direito comparado, cumpre destacar o caso *Yahoo France*, decidido pela Corte de Cassação francesa, e que tratava da possibilidade de realização de um leilão contendo objetos nazistas pela empresa com sede nos Estados Unidos da América, Yahoo Inc. O caso tratou da proibição na França de exibição pública de símbolos nazistas, tendo resultado na fixação da jurisdição francesa, ainda que não houvesse participação da Yahoo France, a Corte determinou a suspensão do leilão, sob pena de multa, tendo em vista o acesso pelos usuários da internet franceses. Sobre o tema, ver: REIMANN, Mathias. Introduction: The Yahoo! Case and Conflict of Laws in the Cyberspace. **Michigan Journal of International Law**, v. 24. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Law School, 2003, p. 663-672.

62 CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Livro digital.

Com base no exposto, mesmo que a conduta que dê origem a um litígio envolvendo novas tecnologias e internet tenha sido praticada fora do território nacional, caso os danos sejam aqui verificados, está fundamentada a jurisdição brasileira⁶³. Neste ponto é que se verifica o substancial alargamento da jurisdição brasileira, tendo em vista que nos casos envolvendo a internet, o ato em questão pode ter sido praticado em qualquer lugar do mundo (por exemplo, a veiculação de informações ou divulgação de imagens não autorizadas), mas se alguém foi lesado no Brasil, justificada está a jurisdição brasileira.

Por essa razão, definir precisamente o local de prática do ato ilícito é muito relevante, pois, além do domicílio do réu, possui competência concorrente também a autoridade judiciária do local de prática do fato ou ocorrência do ato⁶⁴. Isto significa que uma interpretação deste critério não deve se furtar da análise da relevância do ato ou do fato na constituição do litígio, de modo a não ser suficiente a mera menção de fatos ou atos ocorridos no Brasil. Toma-se como inspiração a recomendação feita por Luís de Lima Pinheiro quanto ao critério português de jurisdição que menciona o foro da ocorrência do fato⁶⁵, fonte inspiradora para a legislação brasileira⁶⁶. Segundo o autor, deve haver uma interpretação restritiva na aplicação desse preceito, tendo em vista que ele pode dar origem ao exercício da jurisdição exorbitante.

Nesse sentido, a relevância do ato ou do fato é elemento necessário para a constatação de uma vinculação qualificada à jurisdição brasileira, tendo em vista que o critério em si pode levar tanto a um exercício razoável, quanto a um exercício exorbitante da jurisdição. À autoridade julgadora incumbe estar atenta às balizas fornecidas pelo legislador e pela doutrina, como limites mínimos e máximos para o exercício da jurisdição brasileira no caso do artigo 21, III do CPC/2015.

63 A teoria dos efeitos também é um critério para a lei aplicável no direito da concorrência, veja-se o artigo 2º da Lei nº 12. 529/ 11. Vejam-se os casos comentados em: JÄGER JUNIOR, Augusto; JORGE, Mariana Sebalhos. O caso Intel: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2019. p. 269-287.

64 No direito comparado, outras soluções são cabíveis. O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu sobre a questão da jurisdição em demandas decorrentes de ilícitos divulgados na internet nos casos C-509/ 09 (*E-Date Advertising*) e C-161/ 10 (*Martinez*), tendo fixado três hipóteses: (i) juízo do estabelecimento do editor do conteúdo digital; (ii) juízo de residência habitual do ofendido; (iii) qualquer juízo de onde o conteúdo possa ser acessado. Sobre o tema, ver: CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *The internet – Privacy and Rights Relating to Personality. Recueil des Cours*, v. 378. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2018, p. 341 e ss. Na França, por exemplo, os tribunais adotam a residência habitual do indivíduo lesado. Sobre o tema, ver: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Internet: mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges?* In: **Internet, which court decides, which law applies? = Quel tribunal décide, quel droit s'applique? Utrecht - 28. 06. 1997**. The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 89-141; MEINERO, Fernando Pedro. *Competência Internacional dos Tribunais Brasileiros Para os Danos à Personalidade Cometidos pela Internet: Contribuições da Experiência Europeia*. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**, vol. XIV. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 44-63.

65 LIMA PINHEIRO, Luís de. **Direito internacional privado: competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras**. v. 3. Coimbra: Almedina, 2012, p. 245.

66 O critério foi inspirado no artigo 65, I, b, do Código de Processo Civil Português de 1961: “Art. 65. Factores de atribuição da competência internacional. [...] b) Ter sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na acção”. O novo CPC português, de 2013, manteve a hipótese, com a seguinte redação: “Art. 62. ° Factores de atribuição da competência internacional. [...] b) Ter sido praticado em território português o facto que serve de causa de pedir na acção, ou algum dos factos que a integram”. JATAHY, Vera Maria Barrera. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 127.

No máximo, deve-se observar se a causa ou o dano ocorreram no Brasil, tendo em vista que para a tutela dos jurisdicionados no Brasil ser mais abrangente, o legislador nacional adotou, no artigo 21, III do CPC/2015, uma teoria que considera tanto a conduta, quanto o dano propriamente dito, de forma a garantir o maior acesso à justiça das partes afetadas em casos complexos. No mínimo, deve-se considerar que a mera constatação de que existiram condutas ou atos incidentais no Brasil não é vinculação suficiente a justificar a jurisdição nacional.

Além desta disposição, importa mencionar que a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei 13.079/2018) digitais, protegendo os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. A lei brasileira adotou alcance extraterritorial, tendo em vista que dispõe, no artigo 3º, que se aplica a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, *independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados*, desde que (i) a operação de tratamento seja realizada no território nacional; (ii) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (iii) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. Portanto, ainda que não sejam de critérios de jurisdição propriamente ditos, verifica-se que o legislador previu um alcance amplo da norma brasileira, consideradas as hipóteses previstas⁶⁷.

Analisados o regime e os fundamentos da jurisdição internacional brasileira em matéria de litígios de novas tecnologias e internet no direito brasileiro, propõe-se uma análise crítica da prática brasileira, com uma investigação jurisprudencial.

3.2. PRÁTICA BRASILEIRA MM MATÉRIA DE CONFLITO DE JURISDIÇÕES NOS LITÍGIOS DE NOVAS TECNOLOGIAS E INTERNET

Como já mencionado neste estudo, em se tratando de conflitos de jurisdição envolvendo novas tecnologias e internet, especial destaque é dado para o critério do local de prática do fato ou ocorrência do ato, presente no artigo 21, III

67 A norma também prevê hipóteses de exclusão: “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; II - realizado para fins exclusivamente: a) jornalístico e artísticos; ou b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei; III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei”. Ver: BRASIL. Lei 13. 079 de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 10 jan. 2023.

do Código de Processo Civil⁶⁸. Esse critério de jurisdição já vem sendo aplicado pelo STJ a casos envolvendo a matéria⁶⁹.

No Recurso Especial nº 1.168.547/RJ, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a jurisdição brasileira em um litígio envolvendo a inserção de fotos, sem autorização, em um site estrangeiro, cujos danos aos indivíduos lesados foram identificados no território brasileiro⁷⁰, com fundamento no antigo artigo 88, III do CPC/1973, hoje reproduzido no artigo 21, III do CPC/2015. Relatada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, a decisão fixou a jurisdição brasileira em razão de danos ocorridos no Brasil pela violação de direito de imagem, mesmo que a conduta tenha sido verificada na Espanha.

Justifica-se este posicionamento em razão da adoção da teoria que considera praticados no Brasil os atos que aqui tiveram efeitos, presente no artigo 21, III do CPC/2015, segundo a qual os atos, fatos e negócios jurídicos que tenham implicações no Brasil, vinculando-se à jurisdição brasileira pela conduta ou pelos danos ocorridos em território nacional, quando estes forem relevantes. Pouco importa o domicílio ou a sede dos réus, de modo que se torna possível processar no Brasil uma empresa estrangeira que tenha gerado danos em território nacional, em razão da aplicação da teoria dos efeitos.

Em decisão mais recente que tratou de um caso envolvendo um conflito transfronteiriço na internet, em que tanto o foro previsto no contrato de prestação de serviços, quanto o servidor que hospedava as informações se encontravam no exterior, o STJ teve mais uma oportunidade de se manifestar acerca da ampliação da jurisdição brasileira, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi⁷¹. No REsp 1.745.657/SP, a Ministra faz uma análise da doutrina e de precedente da Corte que tratou de litígio transfronteiriço na internet, destacando que a jurisdição brasileira poderia ser invocada, pois *no Brasil tem domicílio a autora e é o local onde houve acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil*. Isto significa dizer que a hipótese foi enquadrada

68 Sobre o tema, ver: CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Livro digital; CASTRO, Emília Lana de Freitas; WINTER, Patrícia Pereira. O Conflito de Jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet. **Revista de estudos jurídicos da UNESP**, v. 18, p. 3. São Paulo: UNESP, 2014.

69 Sobre a jurisdição e internet em uma perspectiva comparada, ver: LAUX, Francisco de Mesquita. **Redes Sociais e Limites Da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. 550 p.

70 Na decisão do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ fixou-se a jurisdição brasileira em razão dos danos verificados no Brasil. Segundo o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, aqueles indivíduos que foram afetados por informações contidas na internet possuem o direito de acesso à justiça, sendo definida a jurisdição brasileira pelo acesso ao site espanhol. No voto, destaca-se “[...] Não sendo assim, poder-se-ia colher a sensação incômoda de que a internet é um refúgio, uma zona franca, por meio da qual tudo seria permitido sem que daqueles atos adviessem responsabilidades”. André de Carvalho Ramos, ao comentar a mencionada decisão, destaca que: “A posição do Superior Tribunal de Justiça é paradigmática, pois revela o desconforto do Estado diante da porosidade das fronteiras trazida pela internet [...] nas lides que possuam, como causa de pedir, condutas no ambiente virtual da internet, o dano ocorre em qualquer lugar do acesso ao site, redes sociais ou equivalentes (“fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”) e, assim obviamente o Brasil terá jurisdição para o caso”. CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Livro Digital.

71 REsp 1745657/ SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/ 11/ 2020, DJe 19/ 11/ 2020.

no critério de jurisdição do *local onde ocorreu o fato ou foi praticado o ato*, constante do artigo 21, III do CPC/2015, não havendo uma ampliação expressa dos critérios de jurisdição brasileiros na decisão.

A julgadora faz nova contribuição à delimitação dos critérios a justificar uma abertura da jurisdição brasileira, especialmente em litígios que são em sua essência desterritorializados e padecem da ubiquidade, em razão das características do meio em que são praticados, como um contraponto ao exercício da soberania digital pelos Estados⁷². Aponta que a autoridade judiciária deve privilegiar uma atuação cautelosa, quando identificados de maneira cumulativa os seguintes critérios: (i) fortes razões jurídicas de mérito, baseadas no direito local e internacional; (ii) proporcionalidade entre a medida e o fim almejado; e (iii) observância dos procedimentos previstos nas leis locais e internacionais.

Nesse sentido, observa-se que ainda que o critério de jurisdição do local de prática do fato ou ocorrência do ato seja fundamentalmente arraigado nos princípios da soberania e da territorialidade, a interpretação deste propõe uma ressignificação destes princípios à luz dos princípios da proximidade e do acesso à justiça. Como dispõe a Ministra, o intérprete deve adotar uma posição cuidadosa, moldando a jurisdição em casos excepcionais a partir da aplicação de princípios jurídicos.

Segundo Carmen Tiburcio, se a jurisdição brasileira pode ser afastada pelo princípio da efetividade, também pode-se aceitar o exercício da jurisdição em outras hipóteses, com base nos princípios da soberania, da autonomia da vontade, ou para evitar a denegação de justiça⁷³. De acordo com Antônio Pereira Gaio Junior, ainda que a jurisdição internacional possua vinculação estreita com a soberania, deve o Estado contemporâneo regulá-la considerando um contexto globalizado⁷⁴. Concorda-se com o autor, para que uma jurisdição seja considerada razoável esta deve comportar uma certa medida de flexibilidade, com base em critérios de proximidade, igualdade e justiça.

Ademais, o direito internacional admite, com fundamento em costume, a extensão extraterritorial da jurisdição internacional do Estado⁷⁵, com fins de

72 Sobre o tema.; CASTRO, Emília Lana de Freitas; WINTER, Patrícia Pereira. O Conflito de Jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet. *Revista de estudos jurídicos da UNESP*, v. 18, p. 3. São Paulo: UNESP, 2014; CARVALHO, Lucas Borges de. Soberania digital e eficácia da aplicação da lei na internet. *Revista Brasileira de Direito*, v. 14, n. 2. Passo Fundo: IMED, 2018, p. 213-235; ISRAEL, Carolina Batista. Território, jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da internet. *Geosp – Espaço e Tempo*, v. 24, n. 1. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 69-82.

73 TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: o Estado-juiz e o Estado-Parte*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 104.

74 GAIO JUNIOR, Antonio. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 153.

75 Sobre o tema, ver: MADRUGA, Antenor. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição Pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84-85; CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 190-191.

regulação da conduta social realizada em outro Estado⁷⁶. Considerando-se os atritos que pode gerar com outros Estados, esta modalidade de exercício de jurisdição deve ser fundada em costume e tratados internacionais, com fundamento em interesses legítimos do Estado⁷⁷.

Como exemplo, citam-se as decisões proferidas no contexto do Inquérito 4.781/DF, aberto para investigar a ocorrência de crimes contra a honra e de ameaça contra ministros do STF e seus familiares. Nesse caso, houve um alargamento da jurisdição brasileira por decisões que determinaram o bloqueio de perfis do Facebook e do Twitter que eram acessíveis pela internet no Brasil, mas que se encontravam em provedores fora do Brasil. Segundo o Ministro Relator, os bloqueios “[...] se fundam na necessidade de fazer cessar a continuidade da divulgação de manifestações criminosas, que, em concreto, materializam as infrações penais apuradas neste inquérito e que continuam a ter seus efeitos ilícitos dentro do território nacional [...]”. Aplicou-se, novamente, a teoria dos efeitos para justificar a jurisdição brasileira.

Por fim, deve-se mencionar que se o fato danoso tenha ocorrido fora do território brasileiro, sem qualquer repercussão no território nacional, a justiça brasileira não possui jurisdição para processar e julgar a demanda, a não ser que incida algum dos outros critérios de jurisdição, tema sobre o qual já se posicionou a jurisprudência brasileira⁷⁸. No entanto, caso a demanda tenha sido proposta com o fundamento em um ato ilícito que supostamente tenha ocorrido no Brasil, embora no curso do processo verifique-se que não ocorreu ilícito, não se pode admitir a nulidade do processo, em vista da jurisdição se fixar no momento de propositura da demanda.

Como conclusão parcial deste ponto do estudo, assim, verificou-se que muito embora a ordem jurídica brasileira seja insuficiente no que tange à existência de regras específicas de jurisdição internacional em matéria de litígios envolvendo novas tecnologias e internet, e que ainda que experiência prática brasileira

76 Sobre o tema, ver: LAUX, Francisco de Mesquita. **Redes Sociais e Limites Da Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro digital.

77 Verifica-se uma ampla discussão da extraterritorialidade de jurisdição nos casos envolvendo o direito da concorrência. Sobre o tema, ver: JAEGER JUNIOR, Augusto. **Direito internacional da concorrência**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32 e ss; BARCELLOS, Nicole Rinaldi de. **Cooperação jurídica internacional na defesa da concorrência: convergência de instrumentos na cooperação entre autoridades concorrenciais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019, p. 14-16. Mais recentemente, as foram ampliadas para os casos relacionados à proteção de dados pessoais, veja-se: AZZI, Adele. The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, n. 9. Frankfurt am Main: Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e. V. (DGRI): 2018, p. 126-137; DÖHMANN, Indra Spiecker Genannt. A Proteção de Dados Pessoais sob o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. **Revista de Direito Público**, v. 17, n. 93. Brasília: IDP, 2020, p. 9-32.

78 Já se manifestou o STJ em caso que tratou de trabalho realizado por cidadão brasileiro, mas executado na República da Irlanda, sob alegadas condições danosas. No caso o STJ decidiu que: “Tendo o fato danoso ocorrido fora do território brasileiro, não tem a justiça brasileira competência para processar e julgar ação indenizatória, exceto nos casos dos artigos 88, I e II, do CPC”.

não seja extensa na matéria, nos casos trazidos ao estudo houve uma interpretação principiológica do critério de jurisdição presente no artigo 21, III do CPC.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo investigar os fundamentos da jurisdição internacional brasileira à luz dos conflitos envolvendo novas tecnologias. Partindo da premissa de que há uma relação próxima entre os critérios de aferição da jurisdição internacional com os princípios aplicáveis ao direito processual civil internacional, foram analisados os princípios da soberania, da territorialidade, da proximidade e do acesso à justiça à luz dos desafios impostos ao direito internacional privado advindos das relações ocorridas no ciberespaço.

Com isso, verificou-se que há um complexo equilíbrio a ser alcançado quando da fixação das regras de jurisdição, onde a ampliação da jurisdição não pode confundir as premissas de acesso à justiça com o exercício de jurisdição exorbitante. Devem, portanto, os Estados, buscarem o exercício da jurisdição razoável, preferencialmente com critérios especialmente voltados à internet e às novas tecnologias.

Nesse sentido, mesmo que determinada ordem jurídica não possua critérios específicos de jurisdição, uma leitura interpretativa e coordenada dos princípios da proximidade e do acesso à justiça permite a flexibilização dos princípios da territorialidade e da soberania. Somente dessa forma será possível lidar com os conflitos transnacionais de jurisdição no ciberespaço.

Quanto à jurisdição internacional em matéria de litígios de novas tecnologias e internet no Brasil, verifica-se uma insuficiência no direito positivo brasileiro, tendo em vista que se constataram inexistentes os critérios de jurisdição específicos sobre a matéria no direito processual civil brasileiro. Verificou-se que nos casos envolvendo a internet, assume especial relevância o critério de jurisdição concorrente do artigo 21, III do CPC, que dispõe que compete à autoridade judiciária brasileira julgar os casos em que o ato foi praticado ou o fato ocorreu no território nacional. Por fim, verificou-se que ainda que experiência prática brasileira não seja extensa na matéria, nos casos jurisprudenciais trazidos ao estudo há uma interpretação principiológica do critério de jurisdição, especialmente no que tange à verificação da ocorrência de efeitos dos atos praticados na internet no Brasil.

O enfrentamento dos desafios impostos ao direito brasileiro pelas novas relações transnacionais advindas das novas tecnologias e da internet, em um meio que é substancialmente global, demanda uma ressignificação de tradicionais conceitos como soberania e territorialidade. Nesse sentido, a atividade do intérprete do direito deve balizar-se pelos princípios da proximidade e do acesso à justiça, promovendo-se uma jurisdição razoável.

A UTILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DE VIDEOCONFERÊNCIA NO ÂMBITO DA HAIA DE 1970 SOBRE OBTENÇÃO DE PROVAS

NADIA DE ARAUJO¹

1. INTRODUÇÃO

O êxito de uma demanda judicial depende, intrinsecamente, da capacidade das partes de produzir provas, a fim de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito ou impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da outra parte.² Para os casos de processos puramente nacionais – ou seja, sem qualquer conexão com outros países –, o Código de Processo Civil (“CPC”) prevê um extenso conjunto de regras destinadas a regular a obtenção de provas pelas partes e pelo juízo, inclusive quando uma ou mais delas se localizam em comarcas, seções ou subseções judiciárias diferentes. No último caso, a legislação nacional prevê mecanismos que possibilitam a comunicação e cooperação judiciária interna entre os magistrados, facilitando a obtenção de determinada prova.

No entanto, dúvidas podem surgir quando o processo de instrução extravasa os limites do território nacional. Esse é o caso, a título de exemplo, das situações em que há necessidade de ouvir testemunhas que residem no exterior, ou realizar a inspeção de bens que estão situados em outro país. Além disso, não são incomuns os casos em que é preciso analisar documentos, de natureza pública ou particular, que se encontram em outra jurisdição ou sob a custódia de terceiro domiciliado no exterior. Nessas hipóteses, às partes e aos magistrados são impostos óbices, diretamente associados à ideia de soberania dos Estados, que restringem o exercício irrestrito de poderes – inclusive de coerção – sobre pessoas e bens localizados em território estrangeiro.

Para esses casos, tal como na esfera interna, encontram-se regras específicas, negociadas de forma bilateral, regional ou multilateral entre os Estados, que viabilizam a instrução de processos com conexões internacionais. As regras de cooperação jurídica internacional (“CJI”) são projetadas, portanto, para permitir

1 Professora Associada de Direito Internacional Privado da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Comparado pela George Washington University (EUA). Advogada.

2 Fórmula consagrada no direito processual civil, conforme dispõe o art. 373 do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

“o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro”.³

Nos últimos anos, o Brasil tem aderido a um número crescente de convenções voltadas à CJI. Dentre elas, merecem especial destaque, em vista do número de Estados Contratantes e da sua utilização diuturna, aquelas concluídas no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (“HCCH”).⁴ A negociação desses instrumentos e sua internalização por cada vez maior número de países concretiza um dos principais objetivos e esforços da organização: o de encontrar soluções uniformes para as inúmeras questões regularmente manifestadas no curso dos processos transnacionais.

Tendo em conta a necessidade de preservar a soberania dos Estados, materializada nos limites impostos ao exercício da jurisdição, as convenções voltadas à CJI preveem um conjunto de regras que compõem um procedimento típico, formal e comum para a tramitação e o cumprimento dos pedidos pelas autoridades adjudicatórias de cada país. Embora eminentemente de caráter processual, essas convenções não ignoram a urgência de tutelar os direitos e garantias fundamentais daqueles que são justamente os destinatários dessas normas: os indivíduos. Por isso, além do controle realizado pela *lex fori* de cada Estado envolvido, esses instrumentos multilaterais fornecem um número de regras que, direta ou indiretamente, autorizam um comando material sobre o objeto do pedido de cooperação. Essas disposições visam, *inter alia*, garantir o respeito ao devido processo legal, tutelar o direito à ampla defesa e ao contraditório, além de afastar o cumprimento de medidas que vão de encontro aos valores fundamentais do foro.

No âmbito específico da obtenção de provas, ganha relevo – em razão da sua aplicação diuturna pelo Brasil e pelo crescente número de Estados Contratantes – a Convenção da Haia de 1970 sobre a Obtenção de Provas no Exterior em Matéria Civil ou Comercial (“Convenção de 1970” ou “Convenção”).⁵⁻⁶

3 ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 222-223.

4 As denominadas “convenções processuais” da HCCH compreendem (i) a Convenção de 1961 sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros; (ii) a Convenção de 1965 sobre a Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial; (iii) a Convenção de 1970 sobre a Obtenção de Provas no Exterior em Matéria Civil e Comercial; e (iv) a Convenção de 1980 sobre o Acesso Internacional à Justiça, todas elas internalizadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Para uma análise do tema, v., por todos, ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela; De NARDI, Marcelo. Revisitando as convenções processuais da Conferência da Haia para o direito internacional privado: um olhar a partir do Brasil. In: RAMOS, André de Carvalho; ARAUJO, Nadia de (org.). *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos na Sociedade – 125 anos (1893-2018)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 115-135. Ressalta-se que os instrumentos multilaterais da HCCH não são os únicos que tratam do tema da CJI. Ainda hoje, são utilizados outros instrumentos de caráter bilateral e regional. Neste último caso, estão em vigor no Brasil inúmeras convenções concluídas no âmbito da Organização dos Estados Americanos (“OEA”), como a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, e do Mercosul, como o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (também conhecido por “Protocolo de Las Leñas”). Para uma detida análise dessas convenções, veja-se ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 243 e ss.

5 Para maiores informações sobre a Convenção de 1970, incluindo a lista atualizada de Estados Contratantes, veja-se: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/evidence>. Acesso em: 27 jan. 2022.

6 A Convenção de 1970 foi internalizada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 9. 039/ 2017.

O presente trabalho apresenta breves notas sobre a mais recente discussão, no âmbito da HCCH, que cuida da possibilidade de utilização das plataformas de videoconferência na obtenção de provas testemunhais, a partir das disposições da Convenção de 1970. O tema, que se encontra extensivamente trabalhado no Guia de Boas Práticas sobre o Uso do *Video-link*, publicado pela HCCH em 2020,⁷ voltou a protagonizar os debates doutrinários, principalmente a partir das medidas de distanciamento social adotadas após a disseminação da COVID-19.

Este artigo investiga os principais desafios que a questão apresenta, não só sob o ponto de vista da admissibilidade das novas tecnologias, como também da forma de sua utilização pelas autoridades jurisdicionais.

2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1970

A Convenção de 1970 possui suas origens nos esforços para revisão da Convenção da Haia de Processo Civil de 1954.⁸ O primeiro resultado dessa iniciativa foi a adoção da Convenção da Haia sobre Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial de 1965, pela 10ª Sessão Diplomática da HCCH em 1964. Em razão do sucesso dessa convenção,⁹ a delegação dos Estados Unidos propôs que o trabalho de revisão fosse retomado, desta vez com foco no Capítulo II da Convenção de 1954,¹⁰ relativa à obtenção de provas no exterior. Os trabalhos da HCCH, nesse sentido, resultaram na adoção da Convenção de 1970 em 1968 pela 11ª Sessão Diplomática.¹¹

A iniciativa dos Estados Unidos representava uma tentativa de investigar novas formas de CJI para obtenção de provas que fossem mais simples, eficazes e menos burocráticas do que o então sistema de cartas rogatórias.¹² O *memorandum* daquela delegação destacava a necessidade de negociar um instrumento que conciliasse as diferentes visões e práticas judiciárias presentes nas jurisdições de tradição anglo-saxã e romano-germânica. Além disso, fazia-se necessário acordar

7 Disponível, em português, em: <https://assets.hcch.net/docs/68d661b0-ca6e-4ff7-980d-3f1cf3dea1e1.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2022.

8 HCCH. **Convenção da Haia de Processo Civil**. 01 março 1954. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=33>. Acesso em: 5 jul. 2022.

9 HCCH, Rapport de la Commission spéciale établi par M. Ph. W. Amram, **Document préliminaire** n° 3 d'août 1968, p. 5. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/9a0eb9d9-6baf-4526-b2a0-2fd3a53f8f53.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.

10 Veja-se, principalmente, o seu Artigo 8º.

11 Para um estudo detalhado sobre o histórico da Convenção de 1970, suas disposições e aplicação, v. ARAUJO, Nadia de. Obtenção de Provas no Exterior: uma análise da aplicação da Convenção da Haia de 1970 no Brasil. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (org.). **Direito Internacional e Comparado: Trajetória e Perspectivas**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, vol. 1, p. 457-478; ARAUJO, Nadia de; MARSHALL, Brooke. Taking of Evidence. In: BEAUMONT, Paul; HOLLIDAY, Jayne (eds.). **A Guide to Global Private International Law**. Reino Unido: Hart Publishing, 2022, v. 32, p. 175-187.

12 MCCLEAN, David. **International Co-operation in Civil and Criminal Matters**. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 74.

um meio de obtenção de provas que, além de não ferir a soberania dos Estados envolvidos, possibilitasse a máxima utilidade da prova na instrução do processo.

O trabalho de revisão proposto resultou em um dos instrumentos multilaterais de maior sucesso da organização, e que hoje conta com 64 Estados Contratantes, dentre os quais se encontram Barbados, Colômbia, Kuwait, Liechtenstein e Seychelles, que não são Estados Membros da HCCH.¹³

A Convenção encontra-se dividida em três capítulos, que correspondem, respectivamente, à utilização da carta rogatória (capítulo I, Artigos 1 a 14); ao uso dos agentes diplomáticos, consulares e comissários (capítulo II, Artigos 15 a 22); e às disposições gerais (capítulo III, Artigos 23 a 42).

A possibilidade de obtenção de provas por meio dos canais previstos no capítulo II foi amplamente discutida ao longo da negociação, e a sua inclusão ao texto final representou uma tentativa de acomodar uma prática judiciária há muito presente nos países da *common law*. Por outro lado, uma vez que muitas jurisdições ainda consideram o ato instrutório como uma atividade de monopólio das autoridades judiciais, abriu-se aos Estados Contratantes a possibilidade de, no ato de ratificação, realizar reserva quanto a aplicação, no todo ou em parte, desse capítulo.¹⁴ Esse foi o caso do Brasil que, no momento de internalização da Convenção, expressamente afastou a possibilidade de obtenção de provas por agentes diplomáticos, consulares e comissários no território nacional, reservando, com exclusividade, às cartas rogatórias a tramitação dos pedidos de CJI.

Sob a perspectiva das cartas rogatórias ativas, a Convenção de 1970 estabelece que o pedido de obtenção de provas deve ser formulado, necessariamente, por uma autoridade judiciária do Estado Requerente, na forma do que dispõe a lei local.¹⁵ Naturalmente, não há qualquer dispositivo que autorize a obtenção direta da prova pelo magistrado, que deverá forçosamente enviar o pedido à autoridade central do Estado Requerido, para que esta possa, por fim, encaminhá-lo à autoridade competente para cumprimento do ato judicial.¹⁶ No Brasil, atua como autoridade central para a Convenção o DRCI/MJSP, que além de receber os pedidos provenientes de outras jurisdições, encaminha aqueles formulados pelos tribunais brasileiros.¹⁷

13 Para uma lista completa dos Estados Contratantes, bem como suas declarações e reservas, v. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>. Acesso em: 5 jul. 2022.

14 Cf. previsto no Artigo 33 da Convenção de 1970.

15 Artigo 1º da Convenção de 1970.

16 Cf. Artigo 2º. A Convenção de 1970 prevê no seu Artigo 24 que os Estados Contratantes podem indicar outras autoridades competentes para o recebimento das cartas rogatórias, além de mais de uma autoridade central, nos casos de Estados Federais.

17 Veja-se, inclusive, que essa competência se encontra expressamente prevista no Artigo 14 do Anexo I do Decreto nº 9.662/2019, que trata das atribuições do MJSP. De acordo com o seu inc. V, compete ao DRCI “exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso IV, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver designação específica que disponha de maneira diversa”.

Em sentido contrário, no caso dos pedidos passivos de CJI, a Convenção de 1970 estabelece um sistema, no qual as autoridades centrais dos respectivos Estados são as primeiras a realizar uma análise de admissibilidade do pedido. Na forma do que dispõe o Artigo 5º, as cartas rogatórias podem ser prontamente rejeitadas e devolvidas, caso não sejam observadas as disposições da Convenção. Entretanto, o exame posterior da carta rogatória ainda é possível, na forma do que dispõe a *lex fori* do Estado Requerido, já que a Convenção de 1970 apenas determina que a autoridade central deverá encaminhar o pedido para a autoridade que considerar *competente* para sua execução.

No caso de cartas rogatórias enviadas ao Brasil, um subsequente controle é exercido pelo Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), órgão a que, por disposição constitucional,¹⁸ compete a *homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias*. No ato de recebimento do pedido, a Corte examina se a carta rogatória preenche os requisitos formais previstos tanto pela Convenção¹⁹ quanto pela legislação interna.²⁰ No caso específico da obtenção de provas com fundamento na Convenção de 1970, o STJ verifica ainda (i) se a execução do ato processual requerido se encontra entre as funções do Poder Judiciário;²¹ e (ii) se o pedido vai de encontro à segurança nacional,²² à sua soberania ou à ordem pública.²³ A análise da ocorrência de contrariedade à ordem pública é um verdadeiro filtro, a partir do qual se avalia a potencial colisão entre o pedido de CJI e os valores, princípios, direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.²⁴ Um vez concedido *exequatur*, a carta rogatória segue para cumprimento na Justiça Federal, aplicando-se para este fim tanto as disposições convencionais quanto a lei processual local – *lex diligentiae* – que, para o Brasil, será o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

18 Artigo 105, I, *z*, da Constituição Federal.

19 Os requisitos estão elencados no Artigo 3º da Convenção de 1970. Nesse sentido, a carta rogatória deverá conter determinadas informações, necessárias não só para a admissibilidade (*exequatur*) no Estado Requerido, como também para possibilitar o seu cumprimento efetivo. Assim, deverão ser detalhadas (i) a autoridade requerente; (ii) o nome e endereço das partes e seus representantes legais; (iii) a natureza do processo para o qual as provas são requeridas; e (iv) as provas a serem obtidas ou outros atos judiciais a serem cumpridos. Além disso, encontram-se previstas, em um rol exemplificativo, outras informações, eventualmente necessárias para obtenção da prova requerida.

20 A carta rogatória se encontra regulamentada no CPC, mais precisamente no art. 36, sendo aplicáveis, ainda, as disposições comuns do Capítulo II (arts. 26 e 27 e arts. 37 a 41), bem como os arts. 960 a 965, que abarcam tanto a homologação de decisões estrangeiras quanto a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias. A carta rogatória deverá seguir, ainda, as disposições do Regimento Interno do STJ (arts. 216-O a 216-X).

21 Artigo 12(a) da Convenção de 1970.

22 Artigo 12(b) da Convenção de 1970.

23 No âmbito interno, v. art. 39 do CPC e art. 216-P do RISTJ.

24 O STJ exerce mero juízo de delibação, não entrando no mérito do pedido. Por isso, a defesa de não conformidade com a ordem pública é excepcional e não deve se basear em qualquer diferença entre a lei brasileira e a estrangeira. Nesse sentido: “Fica demonstrada, assim, a tese de que a aplicação do princípio da ordem pública baliza-se, também, pelos princípios gerais de um sistema jurídico, nos quais estão incluídos os direitos fundamentais, que - na acepção de Léna Ganagé - compõem o *bloco constitucional*, integrado não só pela Constituição como também pelos direitos humanos garantidos por tratados internacionais. Essa aplicação pode ter sua eficácia ampliada pelo uso da teoria da argumentação jurídica, como metodologia adequada da corrente hoje denominada pós-positivista”. ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**, cit., p. 115.

Vê-se, portanto, que – partindo do pressuposto de que a jurisdição de cada Estado é limitada ao seu território – a Convenção de 1970 prevê um procedimento uniforme para a tramitação dos pedidos de CJI, que envolve, necessariamente, a intermediação tanto das autoridades do Estado Requerente quanto daquelas do Estado Requerido. Por isso, especialmente nos casos dos países que realizaram reserva à aplicação do capítulo II, parece não haver espaço para a obtenção direta de provas, sem qualquer autorização e supervisão, no território estrangeiro.

3. A OBTENÇÃO DE PROVA ORAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

O desenvolvimento das tecnologias de comunicação e a sua ampla aplicação aos processos judiciais resultou no questionamento quanto à possibilidade de sua utilização também no cumprimento dos pedidos de CJI.

A HCCH não é imune ao desenvolvimento dos meios tecnológicos para obtenção de prova. Essas questões já estavam na pauta de discussão da HCCH, demonstrado pelo fato de a organização estudar a possibilidade do uso de *video-link* para a obtenção de prova oral, nos termos da Convenção de 1970, desde 2003. Posteriormente, a HCCH iniciou o trabalho para a elaboração de um Guia de Boas Práticas para o uso dessa modalidade de obtenção de prova.²⁵ Realizado por um Grupo de Especialistas, as suas conclusões resultaram na elaboração de um *Guia de Boas Práticas*, finalmente publicado em 2020.²⁶

O tema novamente obteve protagonismo nos debates doutrinários e jurisprudenciais ligados à CJI, principalmente em função da recente crise sanitária que se abateu pelo mundo, causada pela disseminação do coronavírus (causador da doença COVID-19). A necessidade de distanciamento social resultou em políticas de restrição de acesso da população aos ambientes públicos, inclusive os órgãos de prestação jurisdicional. Por essa razão, diversas medidas foram tomadas visando à continuação das atividades do Poder Judiciário. Grande parte delas está diretamente relacionada ao uso de plataformas tecnológicas de comunicação à distância.

No âmbito de aplicação da Convenção, a discussão trata da utilização do que se convencionou denominar de *video-link*, uma tecnologia que permite a interação por áudio e vídeo de duas ou mais pessoas localizadas em espaços diferentes. No contexto dos procedimentos judiciais, o *video-link* possibilitaria a

25 HCCH, **Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention**. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

26 HCCH, **Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention**. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.

transposição de barreiras físicas, facultando às partes, seus advogados e testemunhas presenciar ou até depor perante um juiz de outro país.²⁷

Precipuamente, o uso do *vídeo-link* traz como vantagem a redução no tempo expendido na instrução dos processos judiciais, além da supressão do custo, e até do impacto ambiental gerado pelas viagens às instalações físicas da autoridade judiciária de cada país.²⁸

Evidentemente, em algumas situações, a utilização da tecnologia não poderá atender integralmente ao objetivo visado pelas partes com a obtenção da prova. Há casos em que será mais eficaz que as pessoas designadas compareçam fisicamente ao tribunal para depor ou testemunhar, pois há quem entenda que o uso de *vídeo-link* pode prejudicar o nível de interação entre as testemunhas, as partes, os patronos e o magistrado, o que, ao fim, pode se mostrar negativo à obtenção da prova. Por essa razão, o uso da tecnologia deve ser entendido como um *complemento* e não uma *substituição* aos métodos tradicionais de cooperação.

No Brasil, o uso desta tecnologia já é uma realidade, visto que²⁹ permite-se a utilização de sistemas de áudio e vídeo para obter depoimento da parte que não resida na mesma comarca, seção ou subseção judiciária onde tramita o processo. Trata-se, evidentemente, da utilização dos sistemas de videoconferência com fins de cooperação judiciária *interna*, que, ao contrário do que ocorre em outros países, tem sido utilizada de forma corriqueira em todas as cortes e instâncias judiciárias no Brasil, incluindo o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, especialmente no período excepcional da crise do coronavírus.³⁰ Até mesmo após a reabertura das instalações físicas do Poder Judiciário, magistrados continuam a recorrer às plataformas de videoconferência para a realização de audiências de instrução e julgamento. Não é incomum para os advogados se deparar com *links* diretos para reuniões agendadas nos despachos judiciais.

De ressaltar que o *Guia* elaborado pela HCCH se dirige apenas à obtenção de provas testemunhais no plano internacional, além de estar limitado ao campo de aplicação da Convenção de 1970 (questões civis ou comerciais). Dividido em três partes, inicia pelas questões preliminares, de como pode ser usado dentro do escopo da Convenção; segue para as questões relativas à preparação e à condução da audiência; e finaliza com considerações sobre aspectos técnicos e de segurança.

27 HCCH, *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention*, parágrafo 11.

28 Não são poucas as vantagens. Para um aprofundamento sobre o tema, v. HCCH, *Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention*, parágrafo 12.

29 Art. 385 do CPC.

30 Veja-se a respeito as Resoluções nº. 313 e 314 do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”), além da Emenda Regimental nº 96/2020 do STJ e nº 53/2020 do STF.

A admissibilidade do uso da tecnologia no cumprimento dos pedidos de CJI dependerá, em última instância, da lei local do Estado Requerido. Não há unanimidade entre os Estados Contratantes sobre a possibilidade de se recorrer ao *video-link* para cumprimento de pedidos fundamentados na Convenção de 1970. O *Guia*, entretanto, acentua que, embora a Convenção tenha sido concluída em uma época em que tais instrumentos não eram utilizados, “a linguagem neutra do ponto de vista tecnológico que os autores adotaram permite a utilização de tais tecnologias”.³¹

No âmbito do texto convencional, o *Guia* ventila a hipótese do Estado Requerente solicitar o uso do *video-link*, recorrendo à ferramenta prevista no Artigo 9(2) da Convenção, que prevê a possibilidade do Estado Requerido seguir uma forma especial no processo de obtenção de provas.³² Porém, nesse caso, o Estado Requerido ainda detém a opção de recusar o pedido, caso o uso do *video-link* seja considerado incompatível com a sua legislação interna ou se a autoridade competente entender pela impossibilidade de sua utilização, em virtude de prática judiciária.

Além dessa hipótese, a permissão para uso da tecnologia pode estar prevista na legislação interna do Estado Requerido, ou mesmo em convenções bilaterais ou regionais sobre o tema. Trata-se, nesse caso, da aplicação dos Artigos 27 e 32 da Convenção, que abrigam a possibilidade do emprego de métodos menos restritivos no processo de obtenção de provas.

Assim como a admissibilidade do uso de tecnologia depende da lei local do Estado Requerido, a forma de obtenção de prova, direta ou indireta, também exige essa análise para o cumprimento dos pedidos de CJI. Isso é justificado pelo fato de haver diferenças sensíveis entre os países quanto ao modo de enfrentar a questão – e que precisam ser levadas em consideração.

Nessa esteira, durante o desenvolvimento do *Guia*, o GE extensivamente debateu a possibilidade de tramitação de pedido para obtenção *direta* da prova pela autoridade judiciária do Estado Requerente, com a participação e a assistência da autoridade competente do Estado Requerido – em virtude das controvérsias associadas ao uso da tecnologia no processo de CJI.³³ No que tange a essa hipótese, a HCCH identificou haver uma resistência por parte de alguns Estados

31 HCCH, **Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention**, parágrafo 2.

32 Artigo 9. “A autoridade judiciária que cumprirá a Carta Rogatória aplicará a legislação de seu país no que diz respeito às formalidades a serem seguidas. Entretanto, essa autoridade atenderá ao pedido da autoridade requerente de que se proceda de forma especial, a não ser que tal procedimento seja incompatível com a legislação do Estado requerido ou que sua execução não seja possível, quer em virtude da prática judiciária seguida, quer em virtude de dificuldades de ordem prática. As Cartas Rogatórias serão cumpridas prontamente”.

33 Para uma análise detalhada, v. HCCH, **Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention**, parágrafos 39 e 40.

Contratantes, que – inobstante a presença de autoridade local no cumprimento do ato de cooperação – consideram a prática como uma indevida interferência na sua soberania judiciária. Por esse motivo, é de vital importância o trabalho realizado pela HCCH de mapeamento da prática judiciária de cada um dos Estados Contratantes.³⁴

A discussão sobre a sua admissibilidade no Brasil ainda está no início e demandará uma atenção especial por parte dos advogados. Contudo, em razão da clássica jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal sobre pedidos passivos de CJI recebidos pelo Brasil, quando do indeferimento de carta rogatória que continha um pedido de oitiva de testemunhas por magistrado argentino na Missão Diplomática deste país,³⁵ é possível compreender a resistência brasileira a esse método.

De notar que após o deferimento do *exequatur* não há mecanismo de controle nem da Autoridade Central do Brasil nem do STJ no acompanhamento do cumprimento do pedido de CJI na Justiça Federal. Esse é o caso, por evidência, dos pedidos de simples notificação para participação em audiência que, ao fim, transformam-se em verdadeira instrução processual, com a correspondente obtenção direta de prova oral por autoridade judiciária estrangeira.

Por outro lado, alguns países já recebem pedidos desta natureza, como a França, que introduziu em 2017 novos artigos ao seu Código de Processo Civil – especialmente direcionados à execução direta de cartas rogatórias, nos termos da Convenção de 1970.³⁶

Cenário distinto que representa uma alternativa à obtenção direta, seria a obtenção *indireta* da prova, cujo cumprimento do pedido de CJI é realizado pela autoridade competente do Estado Requerido, nos moldes de sua legislação interna, mas com a participação do magistrado do Estado Requerente.³⁷ Em tal hipótese, autorizada a sua participação, a autoridade judiciária deste Estado realizaria um papel meramente passivo, apenas assistindo ao cumprimento do pedido de CJI.

34 Para acesso do *country profile* de cada Estado: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=42&cid=82>. Acesso em 17 maio. 2020.

35 Veja-se STF, CR nº 8. 577, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01. 03. 1999.

36 Veja-se, em especial, o art. 747-1 do CPC, introduzido pelo Decreto nº 2017-892 de 6 de maio de 2017. “Si demande en est faite dans la commission rogatoire, et pour autant que la mesure d’instruction prescrive qu’il soit exclusivement procédé à une audition, le ministère de la justice peut en autoriser l’exécution directe par la juridiction étrangère, notamment par vidéoconférence, sans contrainte ni sanction possible”.

37 A participação do magistrado estrangeiro dependerá, no entanto, das declarações realizadas pelos Estados Contratantes, nos termos do Artigo 8 da Convenção. Nesse sentido, prevê o artigo que “[q]ualquer Estado Contratante poderá declarar que autoridades judiciárias da autoridade requerente de um outro Estado Contratante poderão assistir ao cumprimento de uma Carta Rogatória. Poderá ser exigida autorização prévia da autoridade competente designada pelo Estado declarante”.

Por esses e outros motivos a utilização do *vídeo-link* para cumprimento de medidas de CJI deve se sujeitar à prática judiciária adotada em um dos Estados envolvidos. Sua admissibilidade dependerá de uma análise dos casos concretos, levando em conta as regras do país Requerente somadas ao que permitem as regras do país Requerido. Por tudo isso, o trabalho realizado pela HCCH, com a elaboração do *Guia de Boas Práticas*, tem o objetivo de facilitar uma maior compreensão das possibilidades de utilização da Convenção de 1970 diante das novas tecnologias.

4. CONCLUSÃO

A Convenção de 1970 é um dos instrumentos multilaterais para CJI de maior sucesso da HCCH. A sua adoção por mais de 60 países, dentre eles Estados que não são membros da organização, é um reflexo disso. Seu objetivo precípua era instituir diferentes meios de obtenção de provas no exterior, além de desenvolver e facilitar a utilização das cartas rogatórias, instrumento por excelência para CJI. A convenção é também um exemplo da missão da HCCH de sempre procurar compatibilizar diferentes tradições e filosofias jurídicas sobre o tema, sem se descuidar do objetivo maior de possibilitar a obtenção de uma prova útil à instrução do processo de origem.

Embora tenha sido concluída em uma época em que instrumentos como o *vídeo-link* ainda não eram utilizados no processo judicial, a linguagem neutra da Convenção permite incluir tais tecnologias entre os formatos possíveis de obtenção de prova, desde que admitida pela legislação interna dos Estados Contratantes. A utilização diuturna do *vídeo-link*, inclusive como alternativa às medidas de distanciamento impostas pela disseminação do COVID-19, está na ordem do dia e foi a solução para evitar a paralisia dos processos judiciais nesse período.

Resta saber como o tema vai se desenvolver, pois atualmente o emprego das plataformas tecnológicas para a cooperação judiciária internacional entre as autoridades judiciárias de diferentes Estados ainda enfrenta questionamentos importantes. É preciso definir se é possível aceitá-lo como um meio idôneo de CJI, e em seguida, se o seu uso para obtenção direta da prova oral pela autoridade estrangeira pode ser concretizado. Esses aspectos ainda são vistos por muitos Estados, e com razão, como uma indevida interferência na sua soberania.

O REGIME JURÍDICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA UNIÃO EUROPEIA: CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

CLAUDIA LOUREIRO¹

MARCELA NOGUEIRA MARTINS²

1. INTRODUÇÃO

A Inteligência Artificial é uma realidade inexorável com a qual a comunidade internacional terá de lidar num futuro próximo, tanto nas relações jurídicas de direito privado, como nas relações entre o Estado e seus jurisdicionados, com a criação de sistemas de IA e sequenciamento de algoritmos para realizar tarefas outrora executadas por seres humanos em busca da eficiência.

Por ser uma realidade inevitável, é necessário que a comunidade internacional crie parâmetros legais e éticos a fim de que o desenvolvimento de novas tecnologias e da robótica não seja um veículo de propagação das desigualdades sociais, mas sim um veículo transformador, utilizado em benefício da humanidade para concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos globais.

Diante deste contexto, o objetivo geral do artigo é apresentar *o status quo* do marco legal da IA na União Europeia, que se revela como o mais evoluído até o momento. Por sua vez, o objetivo específico do artigo é analisar como o marco legal da IA na EU se refere ao Direito Internacional Privado.

O desenvolvimento de sistemas de IA que reproduzem as desigualdades sociais e a exclusão justifica o tema, aplicável a todos os ramos do conhecimento, seja nas relações jurídicas privadas de coordenação, ou nas relações de subordinação, de modo que a falta de regulamentação pode ensejar a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos em diversas partes do mundo, de variadas formas.

Para cumprir referidos objetivos, optou-se pelo método dedutivo, com a técnica da documentação indireta e com o procedimento de análise da doutrina e da legislação, levando-se em consideração as premissas de que: i. a IA vem se

1 Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia; Professora Permanente do PPGDI/ UFU, Professora de Direito Ambiental da UFU; Coordenadora do Grupo Biodireito, Bioética e Direitos Humanos/ UFU; Coordenadora do Observatório Interamericano e Europeu dos ODS/ UFU; Coordenadora da Clínica Humanitas/ UFU.

2 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Valencia. Monitora da Rede de Processo Civil Internacional. Advogada.

desenvolvendo de forma acelerada na comunidade internacional; ii. A falta de regulamentação pode fazer com que a IA acarrete a violação de alguns direitos fundamentais; iii. Os sistemas de IA podem reproduzir as desigualdades sociais imperantes na sociedade contemporânea. Tudo isso com o objetivo de concluir que existe a necessidade de se desenvolver um marco legal global, regional e local a respeito da IA a fim de se evitar a utilização da tecnologia em detrimento da humanidade.

O trabalho pretende responder ao seguinte questionamento: existe um marco legal de IA para atender às demandas do DiPri? É o que se pretende demonstrar com o desenvolvimento deste trabalho. Para tanto, o artigo será organizado da seguinte forma: primeiramente, serão apresentados os aspectos gerais da IA como aporte teórico fundamental para, na sequência, analisar o marco teórico da IA na UE sobre o tema, em especial, no que diz respeito ao DiPri.

O trabalho concluirá que, embora exista um importante movimento no sentido de regulamentar a IA no Brasil, no mundo e nos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, a regulamentação ainda é incipiente o que pode acarretar consequências na concretização dos direitos fundamentais dos seres humanos.

2. ASPECTOS GERAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Para compreender a importância de se regulamentar o uso da IA no mundo, é necessário conhecer os aspectos fundamentais de referida tecnologia, e este é o objeto central deste capítulo.

Num mundo onde os algoritmos estão ditando as regras sobre política, escolhas relacionamentos e políticas públicas é fundamental tratar da inteligência artificial para evitar que as desigualdades sociais se intensifiquem cada vez mais no ambiente artificial e também para evitar que as ferramentas que deveriam ser usadas em benefício da humanidade o sejam em sentido contrário³.

A Inteligência Artificial vem causando uma resignificação na forma das pessoas se relacionarem e na maneira como os indivíduos acessam os direitos humanos e os seus direitos fundamentais. De maneira genérica, a IA automatiza, por meio de sistema informatizado, tarefas que exigem certo grau de inteligência ou destreza intelectual humana.

3 O'NEILL, Cathy. *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases inequality and threatens Democracy*. New York: Crown, 2016.

A respeito do tema, aponta-se a definição adotada pela Comissão Europeia (2018⁴), a saber:

AI refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking action – with some degree of autonomy – to achieve specific goals.

Os sistemas de IA são sistemas tecnológicos baseados em dados que são arquitetados, desenhados e construídos por seres humanos para seres humanos. A IA é importante para o mundo contemporâneo, tanto para melhorar as condições de vida das pessoas, como para proporcionar o crescimento econômico e inclusivo, avançando na agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

A IA tem impacto em várias áreas do conhecimento e da vida humana como, por exemplo, na saúde, proporcionando diagnósticos mais precisos e acelerando a produção de vacinas, como ocorreu com a pandemia do COVID-19. Além disso, a IA pode ser usada com sucesso no contexto da administração pública, contribuindo para a eficiência e a transparência que são peremptórias neste setor. A IA ainda pode contribuir para os estudos realizados no âmbito das mudanças climáticas, com estatísticas e informação necessária para a condução de políticas públicas para o enfrentamento do aquecimento global.

Enfim, há diversas situações que podem sofrer impacto positivo da IA como o acesso aos direitos humanos, a redução das desigualdades sociais, econômicas inclusivas e sociedades mais justas. No entanto, a IA também apresenta riscos à comunidade internacional como, por exemplo, a intensificação da discriminação, o aprofundamento das desigualdades sociais e econômicas, a vigilância extrema dos governos, a flexibilização do direito à privacidade, podendo contribuir também para as campanhas da desinformação.

A Recomendação sobre Ética da IA da UNESCO de 2021⁵ considera os sistemas de IA como sistemas tecnológicos capazes de processar informação de maneira semelhante a um comportamento inteligente, abarcando comportamentos de racionalidade, aprendizagem, percepção, previsão, planejamento e controle.

Nesse contexto, são considerados elementos essenciais à IA: tecnologias de processamento da informação e a abordagem ética. As tecnologias de processamento da informação incorporam modelos e algoritmos que produzem uma capacidade para apreender e realizar tarefas cognitivas para alcançar resultados.

4 COMISSÃO EUROPEIA. **Carta Europeia de ética sobre o uso da IA em sistemas judiciais e seu ambiente**. 3 e 4 de dezembro de 2018. Disponível em <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Último acesso em: 11/01/2023.

5 UNESCO. **Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial**. SHS/BIO/PI/2021/1. 2022. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/ptf0000381137_spa. Último acesso em: 11/01/2023. .

Os sistemas de IA podem adotar o método da aprendizagem automática, o raciocínio automático ou sistemas ciberfísicos.

As questões éticas que incidem sobre a IA permeiam todas as etapas do ciclo de vida dos sistemas de IA, que vão desde a investigação, a concepção, o desenvolvimento até a utilização, passando pela manutenção, funcionamento, comercialização, o funcionamento, o seguimento, a avaliação, a utilização, a desmontagem e o término. Também é preciso destacar que todos os atores que participam do ciclo de vida de um sistema de IA, sejam pessoas físicas ou jurídicas, estão sujeitas à observância de posturas éticas no ambiente artificial.

A gestão de dados deve se dar em consonância com a perspectiva ética, com a observância da legitimidade, da justiça e do consentimento informado. Nesse sentido, os dados devem ser processados levando-se em consideração os direitos das pessoas, devem ser administrados com justiça e imparcialidade, além de respeitarem a necessidade de concessão do consentimento informado. A IA deve ser usada em benefício da humanidade, devendo ser pautada pelos ideais da equidade e da autonomia.

A respeito dos avanços que estão sendo experimentados no campo da IA, Nick Bostrom afirma:

Several authors have argued that there is a substantial chance that superintelligence may be created within a few decades, perhaps as a result of growing hardware performance and increased ability to implement algorithms and architectures similar to those used by human brains. It might turn out to take much longer, but there seems currently to be no good ground for assigning a negligible probability to the hypothesis that superintelligence will be created within the lifespan of some people alive today. Given the enormity of the consequences of superintelligence, it would make sense to give this prospect some serious consideration even if one thought that there were only a small probability of it happening any time soon.⁶

A superinteligência está prestes a ser uma realidade e, por isso, a comunidade internacional deve se preocupar com a regulamentação do tema, a fim de que a utilização da IA se dê em benefício e a favor da humanidade e não o contrário. Da forma como a comunidade internacional se comporta no momento, o prognóstico não é favorável à humanidade, ou seja, softwares de reconhecimento facial que não reconhecem pessoas negras e pertencentes ao grupo LGBTQIA+, mulheres vetadas para determinadas vagas de emprego, sistemas de IA utilizados pelas autoridades públicas que colocam pessoas inocentes sob suspeita apenas por serem negras, sem-teto ou por não se encaixarem no padrão imposto pela sociedade.

Não se pode avançar para a década da superinteligência transferindo o preconceito, a discriminação e as desigualdades sociais para o ambiente da IA. É

6 BOSTROM, Nick. Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence. In: SMITH et al. **Cognitive, Emotive and Ethical Aspects of Decision Making in Humans and in Artificial Intelligence**, vol. 2, ed. 1., Int. Institute of Advanced Studies in Systems Research and Cybernetics, 2003, pp. 12-17. Disponível em <https://nickbostrom.com/ethics/ai>. Último acesso em 11/01/2023.

preciso criar valores éticos globais que possam frear a reprodução da sociedade excludente no âmbito da IA. Isso também se aplica ao Direito Internacional Privado, uma vez que sistemas de IA podem criar mecanismos que desrespeitem os valores e princípios preconizados pelo DiPri, tais como aqueles definidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No Brasil, em 2021, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 21/20 que estabelece os fundamentos para o desenvolvimento e aplicação da IA no Brasil, mas a matéria ainda está sob apreciação no Senado Federal.⁷

A propósito do tema da definição de IA, a proposta da Comissão Europeia aponta que:

A definição de «sistema de IA» deve ser inequívoca, para assegurar a segurança jurídica, concedendo em simultâneo a flexibilidade suficiente para se adaptar a futuras evoluções tecnológicas. A definição deve basear-se nas principais características funcionais do software, em particular a capacidade, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos pelos seres humanos, de criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões que influenciam o ambiente com o qual o sistema interage, quer numa dimensão física, quer digital. Os sistemas de IA podem ser concebidos para operar com diferentes níveis de autonomia e ser utilizados autonomamente ou como componente de um produto, independentemente de o sistema estar fisicamente incorporado no produto (integrado) ou servir a funcionalidade do produto sem estar incorporado nele (não integrado). A definição de «sistema de IA» deve ser completada por uma lista de técnicas e abordagens específicas utilizadas para o seu desenvolvimento, que deve ser atualizada face à evolução do mercado e da tecnologia, mediante a adoção de atos delegados da Comissão que alterem essa lista.⁸

Apesar de fazer parte de um ramo do conhecimento complexo, é necessário conhecer e apreender este objeto do conhecimento para se promover a regulamentação necessária e pertinente. No que diz respeito à regulamentação, a União Europeia é o sistema internacional regional de proteção aos direitos humanos mais avançado no âmbito da construção do marco legal sobre IA, o que será objeto de análise no próximo capítulo.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O MARCO LEGAL EUROPEU

O regime jurídico de direito internacional sobre IA ainda é incipiente, de maneira geral, e necessita ser desenvolvido no contexto internacional e nacional. No que diz respeito ao âmbito global de proteção aos direitos humanos, é preciso mencionar a Recomendação Global sobre Ética da IA da UNESCO, de 2021 que delinea valores e princípios éticos universais para a IA como a inclusão, a equidade, a não discriminação e a prevalência dos direitos humanos.

7 SALOMÃO, Luis Felipe. **Marco legal da inteligência artificial. Nota Técnica sobre o Projeto de Lei nº 21/ 2020.** FGV Conhecimento, s. d. Disponível em <https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/notatecnica.pdf>. Último acesso: 11/ 01/ 2023.

8 Idem, 2020.

Referidos ideais são importantes, pois, ao que parece, os sistemas de IA podem reproduzir a realidade de exclusão, de desigualdade social e de discriminação presente nas sociedades nas relações jurídicas que se desenvolvem fora do âmbito da IA.

Apesar de ser um documento extremamente importante, não é o foco deste artigo e nem deste capítulo, que pretende analisar o regime jurídico europeu da IA considerado um dos mais evoluídos, em especial no que se refere ao direito internacional privado. Para isso, é necessário conhecer os instrumentos europeus que se referem à IA.

A observância da prevalência dos direitos humanos em IA deve ser um *standard* primordial a ser seguido, de modo que os sistemas de tecnologia criados para exercer as atividades que antes eram executadas somente por seres humanos, devem se desenvolver com respeito aos princípios da liberdade, da justiça, da igualdade, sempre com o respeito à dignidade humana. Assim, a IA deve ser utilizada sempre em benefício da humanidade e não como ameaça existencial.

Desde 2019, há uma preocupação na União Europeia em estabelecer uma estratégia para IA que, centrada na confiança e na excelência, busca regulamentar o tema com a salvaguarda dos direitos humanos, com a finalidade de construir uma Europa resiliente para a década digital, a fim de que as pessoas possam acessar a IA com segurança⁹. Na UE, dois pilares centrais embasam a construção do marco legal da IA, ou seja, a confiança e a consideração do ser humano como centro das preocupações¹⁰.

Já existem vários desdobramentos a respeito da construção do regime jurídico da IA na UE, a saber:¹¹

março/2018 - Press release: AI expert group and European AI alliance;
abril/2018 - Press release: Artificial intelligence for Europe Communication: Artificial intelligence for Europe Staff working document: Liability for emerging digital technologies Declaration of cooperation on artificial intelligence
junho/2018 - Launch of the European AI alliance Set up of the high-level expert group on AI

9 UNESCO, 2019. **Artificial intelligence for sustainable development: challenges and opportunities for UNESCO's science and engineering programmes**. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368028?posInSet=15&queryId=2dcebfb4-e631-4723-a7fb-82590e5c3eb8>. Último acesso em 11/ 01/ 2023.

10 COMISIÓN EUROPEA, 2019. **Ethics guidelines for trustworthy AI**. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Último acesso em 10/ 01/ 2023.

11 COMISSÃO EUROPEIA. **Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que Estabelece Regras Harmonizadas em Matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e Altera Determinados Atos Legislativos da União. 21. 04. 2021**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/html/?uri=celex:52021pc0206&from=en>. Último acesso em 12/ 01/ 2023.

dezembro/2018 - European Commission: Coordinated plan on AI European Commission (Press release): AI made in Europe European Commission Communication: AI made in Europe Stakeholder consultation on draft ethics guidelines for trustworthy AI
abril/2019 - European Commission Communication: Building trust in human- centric artificial intelligence High-Level expert group on AI: Ethics guidelines for trustworthy AI
junho/2019 - First European AI Alliance Assembly High-Level Expert Group on AI: Policy and investment recommendations of AI
dezembro/2019 - High-Level Expert Group on AI: Piloting of assessment list of trustworthy AI;
fevereiro/2020 - European Commission: White paper on AI: a European approach to excellence and trust Public consultation on a European approach to excellence and trust in AI;
julho 2020 - Inception impact assessment: Ethical and legal requirements on AI High-Level Expert Group on AI: Final assessment list on trustworthy AI (ALTAI) High-Level Expert Group on AI: Sectorial recommendations of trustworthy AI
outubro/2020 - 2nd European AI Alliance Assembly
abril/2021 - European Commission: Communication on Fostering a European approach to AI European Commission: Proposal for a regulation laying down harmonised rules on AI
European Commission: updated coordinated plan on AI European Commission: Impact assessment of an AI regulation
Junho/2021 - Public consultation on Civil liability – adapting liability rules to the digital age and artificial intelligence European Commission: Proposal for a Regulation on Product Safety
Novembro/2021 - Council of the EU: SI Presidency compromise text on the AI Act High-Level Conference on AI: From Ambition to Action (3d European AI Alliance Assembly) European Economic and Social Committee, Opinion on the AI Act
Dezembro/2021 - Committee of the Regions, Opinion on the AI Act European Central Bank, Opinion on the AI Act
Abril/2022 - European Parliament, ENVI opinion
Junho/2022 - Launch of first AI regulatory sandbox in Spain: Bringing the AI Regulation forward
Julho/2022 - Council of EU: FR Presidency Compromise text on the AI Act European Parliament, TRAN opinion European Parliament, ITRE opinion
Setembro/2022 - Proposal for an AI liability directive

Como foi possível perceber, existe um intenso movimento na UE para garantir a criação do marco legal da IA naquele sistema regional. Para efeito deste artigo, apenas alguns dos documentos acima elencados serão analisados.

Em primeiro lugar, é importante citar que, além dos documentos acima mencionados, existe a Carta Europeia de Ética sobre o uso da IA em sistemas

judiciais e seu ambiente¹², com valores, princípios e regras que podem ser aplicados aos casos que envolvam a solução de demandas que apresentam a característica da estraneidade, no âmbito do direito internacional privado.

A UE apresenta um *AI Act* a respeito da IA, que tem origem na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, que estabelece regras harmonizadas em matéria de IA (Regulamento IA), e que altera determinados atos legislativos da União¹³. Referido documento pretende ser a principal legislação a respeito da IA e tem o potencial de se tornar abrangente em âmbito global, servindo como modelo para outros sistemas e outros países, sendo conhecido como *AI Act*, conforme foi mencionado.

O *AI Act* define sistema de IA como um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados tais como conteúdos, recomendações ou decisões, que influenciam os âmbitos com os quais interagem.

O *AI Act*, em seu Título II, artigo 5º, elenca práticas de IA proibidas como aquelas que são capazes de distorcer o comportamento de uma pessoa, de modo a lhe causar danos físicos e psicológicos, bem como aquelas que exploram as vulnerabilidades de determinados grupos de pessoas, além daquelas utilizadas pelas autoridades públicas para a classificação de pessoas. Ademais, o documento prevê a obrigatoriedade de supervisão humana para os sistemas de IA que são caracterizados como de risco elevado pela lei.

Um dos princípios mais importantes preconizados pelo documento em análise é o da transparência. O referido princípio exige que as pessoas sejam informadas a respeito de sua interação com um sistema de IA, informação que também deve ser dada à pessoa que interage com um sistema que promove o reconhecimento de emoções.

Um dado importante, que merece ser destacado, é a criação pelo *AI Act* de um Comitê Europeu para a IA para aconselhar e dar assistência à Comissão a respeito do tema, com a promoção da cooperação entre as instituições (artigo 56 e seguintes da Proposta).

Posteriormente, em 20.01.202, o Parlamento Europeu publicou uma Resolução sobre IA envolvendo questões de interpretação e de aplicação do direito

12 COMISSÃO EUROPEIA. **Carta Europeia de ética sobre o uso da IA em sistemas judiciais e seu ambiente**. 3 e 4 de dezembro de 2018. Disponível em <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Último acesso em: 11/01/2023.

13 ce 2021

internacional, na medida em que a UE é afetada pelo domínio da utilização civil e militar e da autoridade do Estado fora do âmbito da justiça penal.¹⁴

Referida Resolução consigna o entendimento de que a utilização de sistemas de IA além das fronteiras deve ter como preocupação central o ser humano, destinando-se aos interesses da humanidade e do bem comum, devendo assegurar o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, de acordo com o que preconiza a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁵

A Resolução, no item 1, define IA como:

1. Considera que é necessário adotar um quadro jurídico europeu comum com definições harmonizadas e princípios éticos comuns, incluindo a utilização da IA para fins militares; portanto, insta a Comissão a adotar as seguintes definições:

- «Sistema de IA»: um sistema baseado em *software* ou integrado em dispositivos de físicos e que apresenta um comportamento que simula inteligência, nomeadamente recolhendo e tratando dados, analisando e interpretando o seu ambiente e tomando medidas – com um determinado nível de autonomia – para atingir objetivos específicos;
- «Autónomo»: um sistema de IA que funciona interpretando certos dados e utilizando um conjunto de instruções predeterminadas, sem estar limitado a essas instruções, apesar de o comportamento do sistema estar limitado pelo objetivo que lhe foi atribuído e que está destinado a realizar e por outras escolhas de conceção tomadas por quem o desenvolveu.¹⁶

Além disso, a Resolução dedica algumas previsões ao Direito Internacional Privado, a exemplo do item 88, 89, 90 e 91.

Referido documento reconhece que a internacionalização das atividades humanas provocou o crescimento dos litígios relacionados ao Direito Internacional Privado e que a IA pode ajudar a resolvê-los com a criação de modelos de delimitação da jurisdição e a lei aplicável ao caso.

A Resolução estabelece que as pessoas devem ser informadas a respeito da utilização da IA no Direito Internacional Privado, o que deve se dar em respeito ao princípio da não discriminação, sem o favorecimento da legislação de um Estado em detrimento de outro, ao tribunal previamente determinado e que o magistrado não é obrigado a acatar a solução apresentada pelo sistema de IA.

14 PARLAMENTO EUROPEU. **Inteligência artificial: questões de interpretação e de aplicação do direito internacional. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de janeiro de 2021, sobre a inteligência artificial: questões de interpretação e de aplicação do direito internacional na medida em que a UE é afetada nos domínios da utilização civil e militar e da autoridade do Estado fora do âmbito da justiça penal (2020/ 2013(INI))**. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_PT.html. Último acesso em 10/ 01/ 2023.

15 EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, 2020. **Getting the future right: Artificial intelligence and fundamental rights**. Disponível em: <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>. Último acesso em 10/ 01/ 2023.

16 PARLAMENTO EUROPEU. **Inteligência artificial: questões de interpretação e de aplicação do direito internacional. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de janeiro de 2021, sobre a inteligência artificial: questões de interpretação e de aplicação do direito internacional na medida em que a UE é afetada nos domínios da utilização civil e militar e da autoridade do Estado fora do âmbito da justiça penal (2020/ 2013(INI))**. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0009_PT.html. Último acesso em 10/ 01/ 2023.

Nota de destaque deve ser dada ao fato de o magistrado não estar obrigado a acatar a decisão sugerida pelo sistema de IA, uma vez que este, ao ser alimentado por seres humanos, pode estar carregado de discriminação, desigualdade e de desníveis culturais, propagando desequilíbrio nas relações jurídicas analisadas pelos sistemas de IA.

Ainda é importante destacar que o item 91 esclarece que, devido à concorrência enfrentada pela UE no setor privado e no contexto de um mundo globalizado, é imprescindível buscar um sistema de IA num mundo hiperconectado, empenhando esforços para estabelecer modelos éticos globais em matéria de IA no âmbito internacional.

A Resolução também anuncia que a UE deve incrementar a cooperação com os Estados-membros para a adoção de políticas inclusivas no que se refere à IA, de modo que a segurança jurídica dos cidadãos seja respeitada, assim como as regras em matéria de conflito de leis e de jurisdição, abandonando-se a busca pelo foro mais favorável.

¹⁷É importante destacar, ainda, que a IA não pode substituir os humanos na tomada de decisão, no caso, na prolação de sentenças, ato judicial que deve ser supervisionado por um magistrado, através de um processo equitativo, que não o obriga a acatar a solução sugerida pelo sistema de IA.

Por fim, o documento ressalta que a IA deve ser pautada pelo direito e que a robótica e as tecnologias conexas não podem contrariar os direitos fundamentais, a democracia e o Estado de Direito.

A respeito do marco legal da IA no âmbito do DiPri, Guillermo Palao Moreno afirma que:

Dentro desta rápida revisão dos documentos produzidos pelos órgãos europeus relacionados à futura regulamentação da IA, e antes de passar às iniciativas diretamente relacionadas à Propriedade Intelectual - mas também com um impacto direto sobre este assunto - vale a pena referir-se àqueles publicados em resposta ao que as autoridades europeias categorizam como “Direito Civil”, fundamentalmente relacionados aos casos de responsabilidade civil que podem surgir devido aos efeitos da IA. Um setor que é totalmente dominado -de uma dimensão institucional- pelo trabalho desenvolvido dentro do PE; sendo, de fato, uma das primeiras áreas onde esta instituição fixou seu interesse -despertado pelas implicações de, entre outras, os danos que poderiam ser causados por veículos autônomos-.

Ainda quanto a dimensão cronológica, cabe mencionar o Relatório do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica de 2016. Ao qual seguii sua Resolução, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica de 2017. Por último, já em 2020, destacasse a recente Resolução do Parlamento Europeu que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspectos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas Por último,

17 EUROPEAN COMMISSION. **A European approach to artificial intelligence**. Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/european-approach-artificial-intelligence>. Último acesso em 10/ 01/ 2023.

não se pode deixar de citar que neste âmbito ainda o “Relatório sobre as implicações em matéria de segurança e de responsabilidade de correntes da inteligência artificial, da Internet das coisas e da robótica” da Comissão de 2020¹⁸.

Desta forma, é possível concluir que o Marco Europeu não enfocou somente em definir a diferença entre pessoa física e robótica, mas em construir um instrumento jurídico ético, buscando garantir uma série de mínimos legais no uso de robôs para proteger a ética humana e a própria humanidade em relação ao avanço do uso de andróides¹⁹.

4. CONTRIBUIÇÕES DO MARCO EUROPEU PARA O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O presente artigo visa, ainda que de forma inicial, fornecer o estado da arte da IA na União Europeia, permitindo analisar o ponto de partida para o estado de desenvolvimento da introdução do uso desta nova inteligência na ordem jurídica como um todo. De modo a permitir que o Direito Internacional Privado, e os outros sistemas jurídicos de distintos Estados-Membros da União Europeia, partam de um mesmo ponto inicial.

Desta forma, o DIP realiza o diálogo entre sistemas jurídicos distintos, com marcos normativos e estruturas normativas diversas, com o objetivo não somente de reconhecer a existência de sistemas coexistentes, mas de disciplinar as relações que integram no âmbito da competência. E ao se tratar de IA, a União Europeia demonstra um sistema de Direito Internacional comum capaz de facilitar a delimitação das jurisdições e legislações aplicáveis sobre a temática.

Desde o texto original do Tratado de Roma, artigo 220, cabe aos Estados-Membros a criação de regras em matérias, como o reconhecimento mútuo das pessoas coletivas e o reconhecimento de decisões estrangeiras, contudo, o relevo das preocupações internacionais privatísticas consta do mesmo artigo. E neste sentido, é certo que tais regras não seriam propriamente regras de direito comunitário, mas que, em caso de necessidade, os Estados-membros construíram a regulamentação das matérias que fossem consideradas essenciais para a realização do mercado comum.²⁰

A principal base legal do DIP comunitário a União Europeia, decorre do Tratado de Amsterdão, que introduziu a disposição prevista no artigo 73º-M,

18 MORENO, Guillermo Palao. A União Europeia dá seus primeiros passos na Regulamentação da Relação entre Inteligência Artificial e propriedade intelectual. RRDDIS – Revista **Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade**, Curitiba, v. 1 n. 1, p. 45-68, 2021. Disponível em https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Revista-RRDDIS_v-1-n-1-2021.pdf. Último acesso em 12/01/2023.

19 MATA, Federico Bueno de. Retos Jurídicos de la Robótica. Especial Referencial al Derecho Procesal. In **Inteligencia Artificial e Robótica: Desafios para o Direito do Século XXI**. Gestlegal: Universidade do Minho, 2022, p. 15.

20 RAMOS, Rui Manuel Moura. Estudos de direito internacional privado da União Europeia. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 16.

na qual a UE chamou a si a competência, atribuída ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu, através do processo legislativo ordinário, para tomar medidas de cooperação judiciária em matéria civil, quando tais medidas fossem comprovadamente necessárias para a manutenção do mercado interno, a partir da aplicação do artigo 81º, nº 2, c, do TFUE.²¹

A atividade normativa da União Europeia a partir deste momento passou a construir intensamente um sistema de Direito Internacional Privado com fonte supranacional, tendendo a se sobrepor aos sistemas jurídicos autônomos internos dos Estados, decorrendo na não aplicação das legislações autônomas internas dos Estados-membros em certas matérias e perante determinados Estados.

Neste sentido, a UE foi consciente desde os princípios da utilização da tecnologia de forma mais presente no cotidiano da sociedade europeia, sobre a necessidade de construir uma segurança jurídica mínima, e que as disposições legais sobre a temática incorporam o direito interno de cada Estado-Membro. A rápida evolução da robótica requereu o estabelecimento de normas comuns em toda a UE, para impor, por exemplo, limites éticos e determinar a responsabilidade em caso de acidentes.²²

Por vezes, o Direito Internacional Privado da UE se confunde com o direito comunitário, no processo de aproximação das legislações nacionais dos Estados-membros, realizado nos termos dos artigos 100, 100-A, 1001 e 102 do Tratado da Comunidade Europeia²³. Mas, por uma via específica, se pode medir a partir do objeto de estudo deste artigo, o êxito da unificação lograda com o Marco Europeu, uma vez que o grau de unificação por ela obtido possibilitou a construção de um marco relevante no desenvolvimento do direito internacional privado em material de inteligência artificial não somente no continente europeu, mas em outras partes do mundo.

A partir do Marco Legal Europeu o direito processual internacional pode apontar mecanismos por meio da inteligência artificial que aproximem ainda mais a atividade jurisdicional entre países para além dos Estados-membros, e esta é uma questão que afetaria diretamente as garantias processuais e os direitos fundamentais de uma cadeia de indivíduos, o que fará com que outros Estados comecem a debater e a construir regras próprias e internacionais de competência e extensão para conflitos que envolvam a inteligência artificial.²⁴

21 MOTA, Helena. **Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/ 1103 e 2016/ 1104, de 24 de Junho.** Porto, Revista Electronica de Direito, 2016.

22 MATA, Federico Bueno de. Retos Jurídicos de la Robótica. Especial Referencial al Derecho Procesal. In **Inteligencia Artificial e Robótica: Desafios para o Direito do Século XXI.** Gestlegal: Universidade do Minho, 2022, p. 13.

23 MATA, Federico Bueno de. Retos Jurídicos de la Robótica. Especial Referencial al Derecho Procesal. In **Inteligencia Artificial e Robótica: Desafios para o Direito do Século XXI.** Gestlegal: Universidade do Minho, 2022, p. 21.

24 SILVA, Eva Sónia Moreira da; FREITAS, Pedro Miguel. **Inteligência Artificial e Robótica: Desafios para o direito do século XXI.** Universidade do Minho . 1º ed. 2022, p. 20- 21.

Tendo em vistas que a certeza sobre a inexatidão do futuro do direito processual com o advento das novas tecnologias influenciando a União Europeia e as demais relações comerciais que fazem parte do cotidiano do bloco econômico, um caminho acertadamente elegido pelo legislador do Parlamento Europeu foi consagrar a proteção dos direitos fundamentais, que primordialmente pertenciam ao bloco, de forma especial, o princípio da dignidade humana consagrado na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, para aludir à proteção da liberdade humana frente ao uso da robótica, de modo a subordinar estes últimos ao cuidado e proteção da humanidade.²⁵

Em termos gerais, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia elencou como valor intrínseco e que não pode ser suprimido pelo advento de novas tecnologias, o respeito à dignidade humana, sendo uma prerrogativa fundamental que os sistemas de IA respeitem a integridade física e intelectual dos seres humanos²⁶, incluindo a prevenção do dano, da justiça e da aplicabilidade inerentes das perspectivas de que a tecnologia é um paradoxo que pode ser utilizado dentro das margens dos direitos fundamentais.²⁷

Em termos gerais, se pode concluir que o DIP construído de forma conjunta com o diálogo estabelecido a partir do direito comunitário da União Europeia permitiu a construção de um debate normativo profundo em matéria de IA e que manteve o direito fundamental à pessoa humana no cerne do debate, e este cerne deve servir de exemplo para demais Estados.

O texto legal pretendeu acertadamente se adiantar em todos os seus Estados-membros, e de suas próprias legislações internas, servindo como recomendação para que os Estados, e o próprio mercado interno, se adapte aos princípios éticos previstos no texto, atuando de forma ativa na delimitação legal da hierarquia a ser respeitada dentro dos novos desafios jurídicos e processuais que eventualmente nasçam com o uso da IA.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A IA é uma realidade inexorável e demanda a atenção da comunidade internacional que deve construir um marco legal e ético para reger a utilização das novas tecnologias, dos sistemas de IA e da robótica, a fim de evitar danos irreparáveis aos direitos fundamentais.

25 SILVA, Eva Sónia Moreira da; FREITAS, Pedro Miguel. **Inteligência Artificial e Robótica: Desafios para o direito do século XXI**. Universidade do Minho. 1º ed. 2022. p. 230-235.

26 SILVA, Gabriela Buarque Pereira; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Diretrizes éticas para a inteligência artificial confiável na União Europeia e a Regulação Jurídica no Brasil**. Revista IBERC, v. 3, n. 3, set/ dez 2020, p. 14. Disponível em: [Vista do Diretrizes éticas para a Inteligência Artificial confiável na União Europeia e a regulação jurídica no Brasil \(responsabilidadecivil.org\)](#) Último acesso em 29/ 01/ 2023.

27 Idem, p. 15.

A Recomendação da UNESCO para a Ética na IA, bem como o regime jurídico que avança na EU a respeito do tema demonstram que o caminho da regulamentação da IA é necessário e emergente, uma vez que a tecnologia está presente em todas as manifestações da vida em sociedade e se apresenta como uma nova epistemologia na forma de produção do conhecimento, da cultura e do saber.

A UE dá os primeiros passos no sentido de apresentar à comunidade internacional um paradigma mínimo no que diz respeito à IA, apesar da iniciativa da UNESCO, com a publicação de sua Recomendação, que não foi objeto de análise neste trabalho.

Com base na iniciativa da UE, outros países poderão se preocupar em aperfeiçoar os seus ordenamentos jurídicos no sentido de regulamentar a IA. Tendo em vista que o Marco Legal Europeu construiu um paradigma normativo que insuflou o debate internacional sobre como o direito e o processo civil internacional dialogarão com o advento das tecnologias no cotidiano da sociedade pós-moderna.

No que diz respeito ao DiPri, percebe-se que a UE reconhece a importância de se positivar como os mecanismos de IA poderão ser utilizados no contexto das relações jurídicas de direito privado transnacionais, uma vez que há a intensificação destas relações jurídicas embasadas na característica da estraneidade.

Assim, o trabalho apresenta os caminhos travados pela EU para a construção do regime jurídico de IA, em especial no que se refere ao DiPri, concluindo que, embora o movimento seja respeitável, ainda é incipiente para evitar a degradação dos direitos fundamentais dos cidadãos globais, bem como a discriminação e a propagação das desigualdades sociais.

Deste modo, o Marco Legal Europeu não responde a todas as incertezas e eventuais dificuldades decorrentes do intenso uso da IA, mas serviu de forte contribuição legislativa para o estudo jurídico e o debate internacional ao redor do globo, de forma especial no direito internacional privado, que agora se vê diante a urgência de legislar e debater sobre o uso da tecnologia em uma sociedade com mazelas históricas e que demandam respostas complexas.

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO INSERTAS EN LAS CONDICIONES GENERALES DE UNA DE LAS PARTES DISPONIBLES A TRAVÉS DE INTERNET

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ¹

1. INTRODUCCIÓN: LAS VENTAJAS ASOCIADAS A LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

Los acuerdos de elección de foro suelen ser una cláusula habitual en los contratos internacionales, debido a las ventajas que conllevan². Son un importante factor de previsibilidad y seguridad jurídica. En un mundo jurídicamente fragmentado, con una diversidad de normas estatales de competencia judicial internacional que permitirían acudir a los tribunales de un Estado u otro, las partes pueden fijar de antemano el tribunal competente para conocer de un eventual litigio, evitando quedar a merced de las estrategias procesales oportunistas que podría desarrollar una de las partes, en caso de que la relación jurídica acabase en litigio. Se añade que indirectamente también se consigue cierta previsibilidad y seguridad jurídica en torno a la ley que se aplicará al fondo del asunto, pues el tribunal recurrirá a sus normas de conflicto para determinar la validez de la cláusula de elección de ley, en caso de que también se hubiera incorporado este tipo de cláusula en el contrato, o para concretar la ley aplicable en defecto de elección.

Junto a estas ventajas, que ya por sí solas son muy importantes, se añade que los acuerdos de elección de foro también llevan asociadas otras ventajas de carácter práctico muy diversas³. Pueden representar un importante factor de re-

1 Profesora Titular de Derecho internacional Privado, Universidad de Sevilla. Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto I+D+i, Ref. PID2020-113444RB-I00, financiado por MCIN/ AEI/ 10. 13039/ 501100011033

2 La posibilidad de elegir el órgano jurisdiccional competente se ha extendido, gracias a la iniciativa de la UE y a través de diversos Reglamentos, a sectores vinculados al derecho de familia y sucesiones. Las ventajas en estos casos de los acuerdos de elección de foro pueden ser diferentes de las que vamos a señalar aquí, centradas en el sector de la contratación internacional. Señalamos, a modo de ejemplo, que en el sector del derecho de familia los acuerdos de elección de foro, acompañados de acuerdos de elección de ley, pueden ser útiles para tratar de concentrar las diferentes consecuencias derivadas de la crisis matrimonial ante los tribunales de un determinado país y someterlas, en la medida de lo posible, a una sola ley. Al respecto vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, "La política legislativa de la UE en DIPr. de familia. Una valoración de conjunto", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol. 5, Nº 2, págs. 237-238.

3 Al respecto vid. J. JODŁOWSKI, "Les conventions relatives a la prorogation et a la dérogation a la compétence internationale en matière civile", *Recueils des Cours de l'Académie de Droit international*, 1974, t. 143, págs. 503-504; G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1980, págs. 1-2; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en derecho comunitario europeo*,

ducción de costes para quien consiga concentrar todos los litigios que deriven de su actividad comercial internacional ante los tribunales de un determinado país y someterlos a un mismo derecho. Por otra parte, los contratantes pueden tener interés en elegir los tribunales de un determinado país por razones de neutralidad, especialización, agilidad procesal, o simplemente, porque en ese país sean menores las costas procesales. Y se añade que las partes también pueden considerar que en un determinado país les resultará más fácil obtener un adecuado asesoramiento jurídico, porque, a modo de ejemplo, no existe la barrera idiomática que siempre dificulta y encarece el proceso.

Ahora bien, la materialización de todas las ventajas asociadas a los acuerdos de elección de foro va a depender, lógicamente, de que desarrollen los efectos para los que han sido diseñados. Se requiere que el tribunal elegido acepte la competencia que han acordado otorgarles las partes (*prorrogatio fori*), esto es, que conozca del asunto que se le ha sometido. Y resultará igualmente fundamental que los tribunales de cualquier otro país, ante los que una de las partes pretendiera iniciar el litigio y que podrían resultar competentes en base a sus normas de competencia judicial, acepten la derogación que se produce de su competencia como consecuencia de la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional extranjero (*derogatio fori*)⁴. En definitiva, que los tribunales concernidos reconozcan la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro, en la doble vertiente de la *prorrogatio fori* y la *derogatio fori*, lo cual puede que no siempre sea así.

Cuando los Estados regulan unilateralmente los acuerdos atributivos de competencia pueden aparecer diferencias en relación con las materias sobre las que se permiten, con los requisitos de validez formal o material que deben cumplir estos acuerdos, con los criterios de proximidad que debe tener la relación jurídica con un determinado país a efecto de admitir la sumisión a sus tribunales... Esta actuación unilateral puede afectar al reconocimiento de la validez y eficacia de los acuerdos de elección de foro y llevar, en consecuencia, a que no desplieguen los efectos de *prorrogatio fori* y *derogatio fori*, a los que van asociados las ventajas que señalábamos.

Ello explica que a nivel internacional se haya desarrollado un importante esfuerzo unificador, plasmado en una pluralidad de instrumentos internacionales, que tienen por objeto crear el marco normativo necesario para que la validez de los acuerdos de elección de foro sea generalmente reconocida. Como nuestra

Eurolex, Madrid, 1994, págs. 41-42.

4 Como señala F. GARAU SOBRINO, los efectos de prórroga y de derogación van normalmente asociados, aunque no siempre tiene por que ser así, pues dependerá de la configuración del acuerdo, **Los acuerdos internacionales de elección de foro**, Cóllex, Madrid, 2008, pág. 32. No hay más que pensar en un acuerdo de elección de foro con carácter no exclusivo, en el que las partes aceptan prorrogar la competencia de los tribunales de un determinado país, sin que ello suponga derogar la competencia de los tribunales de otros países con los que la relación jurídica pudiera hallarse vinculada.

aportación se realiza desde la perspectiva de la Unión Europea, nos centraremos en los instrumentos por los que se han vinculados los Estados Miembros pertenecientes a este espacio de integración. Como veremos además, la sentencia del TJUE que vamos a tomar como base para el desarrollo de este trabajo, da pie a reflexionar sobre la pluralidad normativa existente a este respecto.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022, C-358/21, TILMAN⁵

2.1. PRESENTACIÓN DE LOS HECHOS

El 22 de noviembre de 2010 Tilman y Unilever celebraron un primer contrato en virtud del cual la primera se comprometía a empaquetar y embalar, por cuenta de la segunda, cajas de bolsitas de té por un precio determinado. Mediante un segundo contrato, celebrado el 6 de enero de 2011, se modificó el precio acordado. Este contrato precisaba que, a falta de otras estipulaciones, se regiría por las condiciones generales de compra de productos de Unilever, que podían consultarse y descargarse desde un sitio web, mediante un enlace hipertexto incluido en dicho contrato. Pues bien, en las condiciones generales de Unilever se establecía que cada parte contratante *«se [sometería] irrevocablemente a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se [derivase] directa o indirectamente del contrato»*.

A raíz de una modificación del modo de facturación surgió un desacuerdo entre las partes en relación con el incremento del precio facturado y Unilever pagó sólo parcialmente las facturas emitidas por Tilman. Ello llevó a que Tilman decidiera demandar a Unilever ante los órganos jurisdiccionales belgas, con el fin de obtener el pago de las cantidades no satisfechas, frente a lo que Unilever alegó que con arreglo a las condiciones generales del contrato controvertido en el litigio principal, solo los órganos jurisdiccionales ingleses eran competentes para conocer del litigio.

El tribunal belga se declaró competente en primera instancia, pero el tribunal de apelación de Lieja estimó la declinatoria de jurisdicción planteada por Unilever, al considerar que los tribunales belgas no podían conocer debido a la cláusula atributiva de competencia inserta en las condiciones generales de esta parte, en favor de los tribunales ingleses. Tilman interpuso recurso ante la Corte de Casación belga, argumentado que el tribunal de Lieja había equiparado erróneamente la situación del litigio principal, con aquella en la que el contrato se celebra por Internet, debiendo el comprador marcar una casilla indicando que

5 ECLI:EU:C:2022:923

acepta las condiciones generales del vendedor. Y ello lleva a que la Corte de Casación belga se plantease si en el litigio principal se cumplían los requisitos del consentimiento de Tilman a la cláusula atributiva de competencia, considerando que se recogía en las condiciones generales de compra de Unilever, pero no el el contrato controvertido, y que dichas condiciones generales no se adjuntaban directamente al contrato. Para ello, decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Es conforme al artículo 23, apartados 1, letra a), y 2, del Convenio [de Lugano II] una cláusula atributiva de competencia recogida en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un hipervínculo a un sitio web en el que se pueden consultar, descargar e imprimir tales condiciones generales, sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales seleccionando una casilla en el sitio web en cuestión?”

2.2. PLURALIDAD NORMATIVA EN LA UE Y DETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO APLICABLE

La Sentencia objeto de análisis nos enfrenta a interesantes cuestiones sobre la pluralidad normativa existente en torno a la regulación de los acuerdos de elección de foro, así como sobre los aspectos de transitoriedad normativa que han surgido a propósito del Brexit, a los que nos vamos a referir a continuación.

La primera de las cuestiones señaladas surge debido a que la Unión Europea se ha dotado de un marco normativo plural para los acuerdos de elección de foro, que está protagonizado por tres instrumentos internacionales: un Reglamento y dos convenios. Como tendremos ocasión de señalar a continuación, se ha tratado con ellos de extender las ventajas asociadas a la unificación jurídica a las que anteriormente nos referíamos, a ámbitos geográficos que van más allá de la Unión Europea.

El instrumento más importante es el *Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)*⁶ –en adelante Reglamento 1215/2012–, que regula los acuerdos atributivos de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, independientemente del domicilio de las partes implicadas, siempre que el litigio se refiera a una materia cubierta por el Reglamento. Tiene una larga tradición jurídica, pues en una primera etapa los Estados Miembros se vincularon por el *Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil*

6 DOUE N° L 351, de 20 de diciembre de 2012.

y comercial⁷, que sería sustituido después por el *Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*⁸, hasta llegar a la norma actualmente vigente⁹. Resulta conveniente referirse a esta evolución normativa, pues como tendremos oportunidad de reflejar posteriormente, la regulación actual de los requisitos de forma de los acuerdos de elección de foro está muy vinculada a la aplicación de estos instrumentos y a la jurisprudencia del TJUE a propósito de los mismos.

Por otra parte, la Unión Europea se ha vinculado por el *Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*¹⁰, que también se aplica en Suiza, Noruega e Islandia. Este Convenio, destinado a establecer un paralelismo de soluciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y los tres Estados mencionados, también es fruto de una evolución normativa¹¹: vino a sustituir al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, para reflejar los cambios que se habían producido con la sustitución del Convenio de Bruselas de 1968 por el Reglamento 44/2001¹². A las situaciones de concurrencia normativa que se producen entre este Convenio y el Reglamento europeo tendremos oportunidad de referirnos seguidamente, por ser una de las cuestiones que se plantean en la sentencia objeto de análisis.

Con carácter más reciente, la Unión Europea también se ha vinculado por el *Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*¹³. Se trata de un instrumento de alcance más limitado, pues se aplica únicamente

7 Versión consolidada DOCE N° C 27, de 26 de enero de 1998.

8 DOUE N° L 12, de 16 de enero de 2001.

9 El Reglamento 1215/ 2012 entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE (art. 81) y se aplica a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015.

10 Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE N° L 339, de 21 de diciembre de 2007; Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la celebración del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE N° L 147, de 16 de junio de 2009.

11 Vid. F. POCAR, **Informe explicativo del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007**, DOUE N° C 319, de 23 de diciembre de 2009.

12 Dada su fecha, la regulación que se contiene en el Convenio de Lugano de 2007 sobre los acuerdos de elección de foro está adaptada a lo dispuesto en el Reglamento 44/ 2001 y no refleja las novedades que introdujo el Reglamento 1215/ 2012. Concretamente, se observa una falta de paralelismo en relación con el ámbito de aplicación del precepto, que en el Reglamento 1215/ 2012 es independiente del domicilio de las partes implicadas; con la validez material del acuerdo de elección, para lo que la norma europea introduce una solución que antes no se contemplaba; en relación con la autonomía que se consagra de este acuerdo con respecto al contrato en que se contiene; así como en el ámbito de la regla de litispendencia, dado que el Reglamento 1215/ 2012 introduce una excepción a su normal funcionamiento cuando uno de los tribunales sea competente en virtud de un acuerdo de elección de foro con carácter exclusivo.

13 Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, DOUE N° L 133, de 29 de mayo de 2009; y Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro, DOUE N° L 353, de 10 de diciembre de 2014. Para un análisis de este Convenio, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, **Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de la Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/ 2012**, Comares, Granada, 2018.

a los acuerdos de elección de foro con carácter exclusivo, a diferencia de los instrumentos anteriormente mencionados, que también se ocupan de designar el órgano jurisdiccional que habrá de conocer del litigio en su defecto¹⁴. Al haberse gestado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado podría ser un instrumento de gran utilidad para generar seguridad jurídica en torno a los acuerdos de elección de foro, dada su vocación de universalidad. No obstante, la realidad es que por el momento este Convenio está teniendo muy escaso éxito, pues sólo se han vinculado por el mismo, además de los Estados Miembros de la Unión Europea (incluida Dinamarca), México, Montenegro, Reino Unido y Singapur¹⁵, lo cual lleva a que su trascendencia práctica sea muy limitada¹⁶.

En relación con las cuestiones que venimos tratando, la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2022, C-358/21, Tilman, es interesante desde diversos puntos de vista. Por una parte, nos encontramos ante un litigio que enfrenta a una sociedad demandante, Tilman SA cuyo domicilio social se encuentra en Bélgica, y una sociedad demandada, Unilever con domicilio social en Suiza, que supuestamente han llegado a un acuerdo de sumisión expresa a favor de los tribunales ingleses.

14 Cuando comenzaron los trabajos que culminarían con este Convenio se tenían unos objetivos más amplios: la elaboración de un convenio general, que incluyera tanto normas de competencia judicial internacional, como de reconocimiento y ejecución de resoluciones. Pero con el tiempo fueron poniéndose de manifiesto las dificultades de carácter político y técnico que harían muy difícil llegar a un acuerdo: entre las primeras, se aludía a la necesidad de un cierto nivel de integración y proximidad entre los Estados participantes, que no existía; y entre las segundas se señalaba que la creciente importancia de Internet estaba llevando a que algunos de los foros previstos en materia de daños, como los relativos a la difamación o la vulneración de derechos de propiedad intelectual, resultasen cuestionables (al respecto vid. A. T. VON MEHREN, “La rédaction d’une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers”, *Revue critique de droit international privé*, 2001, Vol. 90, pág. 89; A. SCHULZ, “The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements”, *Journal of Private International Law*, 2006, Vol. 2, nº 2, págs. 245-246). Ello fue lo que llevó a limitar los trabajos a los acuerdos de elección de foro, buscando un paralelismo con la función que desarrolla en materia de arbitraje el *Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, que acabaría plasmándose en el Convenio de La Haya de 2005, vid. T. HARTLEY y M. DOGAUCHI, *Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*, editado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y publicado en su página web (<http://www.hcch.net>), págs. 17-18.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado siguió trabajando sobre el proyecto inicial, habiendo conseguido concluir más recientemente el *Convenio de La Haya de 2 de julio de 2019 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial*. Este instrumento no se ocupa de la competencia judicial internacional. Tiene carácter complementario del Convenio de La Haya de 2005, pues regula el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en supuestos en los que no ha habido acuerdos de elección de foro. La Unión Europea también ha decidido participar en este Convenio, vid. Decisión (UE) 2022/ 1206 del Consejo, de 12 de julio de 2022, relativa a la adhesión de la Unión Europea al Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en materia Civil o Mercantil, DÓUE N° L187, de 14 de julio de 2022.

15 Cuando la Unión Europea aprobó el Convenio de La Haya de 2005 (vid. supra nota 13), que prevé en sus arts. 29 y 30 la participación de organizaciones regionales de integración económica, vinculó a todos los Estados Miembros, con la excepción de Dinamarca. Con posterioridad también se vincularía Dinamarca, así como el Reino Unido a consecuencia del Brexit. Como curiosidad señalar que en este país ya se había estado aplicando el Convenio, como parte del derecho de la Unión Europea.

16 Conforme a lo dispuesto en el art. 26 del Convenio de La Haya de 2005, la regla general, cuando ambas partes se someten con carácter exclusivo a los tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea, es que se aplicará el Convenio con preferencia sobre el Reglamento, cuando al menos una de las partes tenga su residencia en un Estado contratante del Convenio, que no sea miembro de la Unión Europea. Considerando la limitada lista de Estados parte ajenos a la Unión Europea se constata la limitada trascendencia práctica de este Convenio, dado que fuera de la situación señalada se aplicaría el Reglamento 1215/ 2012 para determinar la competencia del tribunal elegido. Como se verá en texto principal, en función del lugar del domicilio del demandado podría ser no obstante de aplicación preferente el Convenio de Lugano de 2007.

Ello obliga a considerar, en una primera parte, las relaciones entre el Reglamento 1215/2012 y el Convenio de Lugano de 2007, a efectos de determinar cuál debe aplicarse en este caso concreto. Para ello se impone acudir al art. 64 del Convenio de Lugano¹⁷, y más concretamente a su apartado 2º.a), donde se establece que el Convenio se aplicará en materia de competencia, cuando el demandado estuviera domiciliado en un Estado parte del Convenio, en el que no se aplique el Reglamento. Esta sería la situación en nuestro caso, con un demandado domiciliado en Suiza.

No obstante, surge una complejidad adicional: como el acuerdo de sumisión expresa se realiza en favor de los órganos jurisdiccionales del Reino Unido, el TJUE, dada las fechas en las que el asunto se resuelve, considera necesario entra a realizar algunas consideraciones sobre el Brexit. Concretamente, en la Sentencia se citan las disposiciones clave del *Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica*¹⁸, para concluir que en este caso era aplicable el Convenio de Lugano de 2007. Por una parte, el art. 2 del Acuerdo sobre la retirada, que cuando se refiere a qué ha de entenderse por “Derecho de la Unión”, alude a los acuerdos internacionales en los que sea parte la Unión, como sería el caso del Convenio de Lugano. Este Derecho, tal como se precisa en el art. 127 del Acuerdo de retirada, seguiría aplicándose en el Reino Unido durante el período transitorio, que conforme a lo dispuesto en el art. 126 comenzó en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo y finalizó el 31 de diciembre de 2020. Se menciona también el art. 67 del Acuerdo de retirada, titulado “*Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación conexa entre las autoridades centrales*”, que precisa en relación con las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012, que seguirían aplicándose respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio. Todo ello para concluir que en base a que la acción judicial objeto del procedimiento principal fue emprendida antes del 31 de diciembre de 2020, debía aplicarse el Convenio de Lugano para analizar la validez de la cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales ingleses.

Resulta interesante señalar que si el litigio se hubiese planteado en la actualidad, la solución habría sido bien distinta. Los tribunales ingleses tendrían que haber analizado la validez del acuerdo de elección de foro a la luz de lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 2005, que también habría obligado a los tribunales de belgas, vinculados por este Convenio por obra de la Unión Europea, a no conocer del litigio salvo por alguna de las causas previstas en el art. 6. Se puede

17 El Reglamento 1215/ 2012 dispone únicamente que no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007 (art. 73. 1).

18 DOUE N° L 29, de 31 de enero de 2020.

decir por tanto que el Convenio de La Haya de 2005 ha adquirido como consecuencia del Brexit un protagonismo inesperado en las relaciones con el Reino Unido, teniendo en cuenta además que los intentos de este país por vincularse por el Convenio de Lugano de 2007, del que con anterioridad formaba parte en su calidad de Estado miembro de la Unión Europea, han resultado hasta la fecha infructuosos¹⁹.

2.3. LA FORMA DE LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

2.3.1. Presentación de la evolución normativa

Como ha puesto de manifiesto A. RODRÍGUEZ BENOT, la regulación de los requisitos de forma de los acuerdos de elección de foro en la Unión Europea es fruto de una evolución normativa, al hilo, en buena medida, de la práctica y de la jurisprudencia del TJUE. Con esta evolución se ha buscado un equilibrio entre los intereses derivados del comercio internacional, que exigen huir de excesivos formalismos, y el principio de seguridad jurídica, que exige garantizar que el consentimiento de las partes efectivamente se ha prestado²⁰. Y es que el cumplimiento de los requisitos formales, tal como también se pone de manifiesto en la Sentencia objeto de análisis, se ha venido vinculado en la jurisprudencia del TJUE con el consentimiento de las partes al acuerdo de elección de foro, porque gracias a ellos el acuerdo no pasa inadvertido. Por otra parte, aunque la presentación de esta evolución normativa la vamos a realizar a partir de la norma europea, dado que el Convenio de Lugano la toma de modelo, en alguna ocasión, como veremos, ha sido precisamente este instrumento el que ha marcado los cambios.

En el originario art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 se preveía que el acuerdo atributivo de competencia se realizase por escrito o verbalmente con confirmación escrita. Con motivo de la incorporación de Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda, a la entonces Comunidad Económica Europea, se celebró un Convenio de adhesión al Convenio de Bruselas, que introdujo una modificación en su art. 17. Concretamente, este precepto pasó a decir que el acuerdo atributivo de competencia debía concluirse por escrito, verbalmente con confirmación escrita, o en el comercio internacional, en una forma admitida por los usos en este ámbito y que las partes conocieran o debieran conocer. Como señaló P. SCHLOSSER en su Informe sobre este Convenio, a raíz de la jurisprudencia del

19 El Reino Unido solicitó la adhesión al Convenio de Lugano el 8 de abril de 2020. Conforme al art. 72 de este Convenio, se requiere para ello el acuerdo unánime de los estados parte, oponiéndose la Unión Europea el 28 de junio de 2021. Esta información se puede consultar en la página web del Département fédéral des affaires étrangères de Suiza, al ser este país depositario del Convenio (www.fdfa.admin.ch/depositary)

20 A. RODRÍGUEZ BENOT, "Art. 25", en Pérez Llorca, P. Blanco-Morales Limones, F. Garau Sobrino, M. L. Lorenzo Guillén, F. J. Montero Muriel (coords.), **Comentario al Reglamento (UE) N° 1215/ 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 565.

TJCE ya existente se imponía introducir una modificación, considerando que en la práctica mercantil internacional no era razonable exigir que el cocontratante del usuario de condiciones generales de venta confirmase por escrito la aceptación de estas, para que la cláusula atributiva de jurisdicción inserta en las mismas pudiera surtir efectos²¹.

Posteriormente, y con motivo del Convenio de adhesión de España y Portugal de 1989, el art. 17 del Convenio de Bruselas se volvió a reformar, para incorporar en esta ocasión una referencia a que el acuerdo atributivo de competencia también sería válido con arreglo a una forma que se ajustase a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, así como para introducir una mayor precisión respecto de las características que debían reunir los usos del comercio internacional para ser vinculantes. Como pusieron de manifiesto M. ALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL y P. JENARD en su Informe a propósito de este Convenio de adhesión, el Convenio de Lugano de 1988, así como la jurisprudencia del TJUE, fueron las razones de este cambio²².

El último paso en este proceso de evolución normativa se produjo con el Reglamento 44/2001, que vino a introducir una precisión adicional, en el sentido de que se consideraría hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionase un registro duradero del acuerdo (art. 23.2). Y esta precisión, con las que trató de adaptarse la norma a los requisitos del comercio electrónico, también se recogió en el Convenio de Lugano con ocasión de su reforma en 2007 -precisamente en torno a ella gira la Sentencia objeto de análisis-.

En el Reglamento 1215/2012, que se ocupa de los acuerdos de elección de foro en su art. 25, no se han introducido cambios en relación con los requisitos de validez formal.

2.3.2. Referencia a las distintas opciones de validez formal y a su relación con el uso de condiciones generales por una de las partes

Partiendo del marco normativo actualmente vigente, el art. 25.1 del Reglamento 1215/2012 dispone que el acuerdo atributivo de competencia será válido desde un punto de vista formal si se ha hecho por escrito; verbalmente, con con-

21 Informe de P. SCHLOSSER relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino de Gran Bretaña a Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, DOCE N° C189, de 28 de julio de 1990, p. 179.

22 Informe de M. ALMEIDA, M. DESANTES y P. JENARD relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, DOCE N° C 189, de 28 de julio de 1990, p. 26.

firmación escrita; en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas; o en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. En el art. 25.2 del Reglamento 1215/2012 se añade que se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. El Convenio de Lugano de 2007 dispone lo mismo en su art. 23.1 y 23.2.

Vamos a referirnos a continuación cada una de estas posibilidades, que se plantean con carácter alternativo, y que llevarían a que el acuerdo de elección de foro fuera válido desde un punto de vista formal. Pero dada la importancia que tienen la jurisprudencia del TJUE en relación con esta materia, y que por su fecha está referida fundamentalmente al Convenio de Bruselas de 1968 y al Reglamento 44/2001, conviene realizar antes un par de precisiones adicionales: la primera, que esta jurisprudencia siga siendo relevante a efectos de interpretar las disposiciones del Reglamento 1215/2012, en aquellos aspectos que se mantienen sin cambios respecto a la normativa precedente, no debe suscitar dudas; y la segunda, quizás más necesaria, que también resulta relevante para interpretar el Convenio de Lugano de 2007, en base a lo dispuesto en su *Protocolo Nº 2 Relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio y al Comité permanente*.

El art. 1º de este Protocolo dispone que los tribunales que apliquen e interpreten el Convenio de Lugano tendrán debidamente en cuenta los principios establecidos en las decisiones relevantes sobre las disposiciones de que se trate, tanto en relación con el presente Convenio, como en relación con las disposiciones similares del Convenio de Lugano de 1988 e instrumentos de la Unión Europea, lo cual incluye al Convenio de Bruselas de 1968 y los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012. Se añade, seguidamente, que las decisiones relevantes a las que se refiere este art. 1º incluyen las que hayan sido dictadas por los tribunales de los Estados vinculados por el Convenio, así como las del TJUE. En definitiva, que si el requisito para que se pueda acudir a la jurisprudencia del TJUE en relación con los instrumentos mencionados es que se refiera a disposiciones similares, ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en el epígrafe anterior referido a la evolución normativa, que en relación con los requisitos de validez formal de los acuerdos de elección de foro, más que similitud, puede hablarse de identidad de soluciones.

2.3.2.1. Acuerdo celebrado por escrito

La primera posibilidad de cara al cumplimiento de los requisitos de validez formal se refiere a un acuerdo de elección de foro celebrado por escrito -art. 25.1.a) del Reglamento 1215/2012 y art. 23.1.a) del Convenio de Lugano de

2007. Como señala A. RODRÍGUEZ BENOT, estaríamos ante un acuerdo de elección de foro que cumple este requisito en el caso de que figurara en un documento firmado por ambas partes, ya sea un documento destinado exclusivamente a hacer constar dicho acuerdo o un documento que incluya otras cláusulas relativas al negocio jurídico en el que se enmarca dicho acuerdo, como sería el caso de un contrato²³. También estaríamos ante un acuerdo celebrado por escrito aunque se recogiera en documentos separados, firmados cada uno de ellos por una de las partes, como se deduce de la *Sentencia del TJCE de 19 de junio de 1984, Tilly Russ/Nova* (p. 16)²⁴. Se ha señalado que la firma de las partes no sería necesaria en el caso de que se pudiera identificar de otro modo al autor del documento²⁵, con lo que sería conforme al requisito escrito la conclusión del acuerdo a través de telegramas, faxes o cualquier otro medio similar²⁶.

En relación con el cumplimiento de la forma escrita a través del uso de las condiciones generales de una de las partes contamos con varios pronunciamientos, siendo la *Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1976, C-24/76, Estasis Salotti/Ruewa*²⁷, la que sienta las bases a este respecto. Se señaló, en primer lugar, que la simple impresión al dorso de un contrato formalizado sobre el papel comercial de una de las partes de una cláusula atributiva de competencia inserta en las condiciones generales de esta parte, no cumplía por sí sola las exigencias del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, pues no quedaba garantizado en modo alguno mediante este procedimiento que la otra parte hubiera prestado efectivamente su consentimiento. A continuación se matizaba no obstante esta conclusión, señalando la solución habría sido diferente si en el texto mismo del contrato, firmado por ambas partes, se hubiera hecho una remisión expresa a las condiciones generales que contenían dicha cláusula (pp. 9-10). Se precisó también que en el caso de que el texto del contrato se refiriese a una oferta anterior, que a su vez remitía a unas condiciones generales de venta donde se contenía la cláusula atributiva de competencia, se habría cumplido el requisito de forma escrita de ser una referencia explícita, susceptible de control por una persona que actuase con una diligencia normal, y siempre que quedase acreditado que las con-

23 A. RODRÍGUEZ BENOT, "Art. 25", págs. 565 y ss.

24 ECLI:EU:C:1984:217.

25 . - U. MAGNUS, "Art. 25", U. Magnus y P. Mankowski (eds.), **ECPIL. European Commentaries on Private International Law. Vol. I Brussels I bis Regulation**, Otto Schmidt, Colonia, 2016, pág. 636; F. J. GARCIMARTÍN ÁLFÉREZ, "Art. 25", A. Dickinson y E. Lein (eds.), **The Brussels I Regulation Recast**, Oxford University Press, 2015, pág. 288.

26 . - En este sentido R. HAUSMANN e I. QUEIROLO, "Art. 23", T. Simons y R. Hausmann (eds.), **Commentario UNALEX, Regolamento Bruxelles I: Commento al Regolamento (CE) 44/ 2001 e alla Convenzione di Lugano** (edizione in Lingua italiana a cura de I. Queirolo), IPPr Verlag, Munich, 2012, pág. 484. En el Informe relativo al Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro se señala expresamente que el cumplimiento de los requisitos de forma no depende de la firma de las partes implicadas, aunque se advierte que en este caso será más difícil probar que las partes implicadas dieron su consentimiento, T. HARTLEY y M. DOGAUCHI, **Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro**, op. cit., pág. 42.

27 . - ECLI:EU:C:1976:177.

diciones generales que contenían dicha cláusula fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante a través de la oferta a la que se hace referencia. Este requisito, en palabras del Tribunal de Justicia, no podría entenderse cumplido a través de remisiones indirectas o tácitas a correspondencia anterior (pp- 11-12)²⁸.

Con carácter más reciente se ha reiterado esta jurisprudencia en la *Sentencia del TJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, Profit Investment SIM*, referida a un folleto de emisión de bonos que contenía una cláusula atributiva de competencia, señalándose que se cumplía el requisito de forma escrita si el contrato firmado por las partes al emitir los títulos en el mercado primario mencionaba la aceptación de dicha cláusula o contenía una remisión expresa a dicho folleto, lo que correspondía comprobar al tribunal remitente (p. 29)²⁹.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el art. 25.2 del Reglamento 1215/2012 y el art. 23.2 del Convenio de Lugano de 2007 establecen, en relación con la forma escrita, que se considerará equivalente al escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. De hecho, en la *Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, C-322/14, El Majdoub*³⁰, se señaló que la finalidad de estos preceptos es asimilar determinadas modalidades de transmisión electrónica a la forma escrita, con el fin de simplificar la celebración de contratos por medios electrónicos. Sobre este caso volveremos más adelante, por estar directamente relacionado con la sentencia objeto de análisis.

2.3.2.2. Acuerdo celebrado verbalmente con confirmación escrita

El art. 25.1.a) del Reglamento 1215/2012 y el art. 23.1.a) del Convenio de Lugano de 2007 contemplan igualmente la posibilidad de que el acuerdo atributivo de competencia se realice verbalmente, con confirmación escrita. En relación con esta modalidad también ha surgido el problema del recurso a las condiciones generales por una de las partes, como modo de confirmación escrita. Más concretamente, se ha planteado si sería suficiente a efectos de cumplir los requisitos de validez formal, el envío por una de las partes, tras la celebración verbal de un contrato, de sus condiciones generales en las que se contiene el acuerdo de elección de foro.

28 . - Para un análisis de cómo se han interpretado y aplicado estos requisitos en la jurisprudencia nacional, vid. U. MAGNUS, "Art. 25", op. cit., págs. 638-640; R. HAUSMANN e I. QUEIROLO, "Art. 23", op. cit., págs. 485 y ss.

29 . - ECLI:EU:C:2016:282. En la **Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 1992, C-214/89, Powell Duffryn/ Petereit**, se matizó, en relación con una cláusula de elección de foro inserta en los estatutos de una sociedad, que se cumplían los requisitos de forma respecto a quienes adquirirían las acciones, si dichos estatutos sociales estaban depositados en un lugar donde el accionista pudiera examinarlos o si figuraban en un registro público (p. 29), ECLI:EU:C:1992:115.

30 . - ECLI:EU:C:2015:334.

En relación con ello resulta fundamental la *Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1976, C-25/76, Segoura/Bonakdarian*³¹, pues fijó las condiciones para que fuera admisible. Esta decisión señaló, en primer término, que aunque el comprador hubiera aceptado verbalmente celebrar un contrato de acuerdo con las condiciones generales del vendedor, ello no suponía que hubiera aceptado la cláusula atributiva de competencia que pudiera figurar eventualmente en dichas condiciones generales, y que de ello se desprendía que la confirmación escrita del contrato por parte del vendedor, en la que comunicaba el texto de sus condiciones generales, resultaba inoperante en lo que se refiere a una posible cláusula atributiva de competencia, a menos que el comprador la aceptase por escrito (p. 8). Se apuntó, en segundo término, que si el contrato de compraventa se había celebrado sin hacer alusión a unas determinadas condiciones generales, dándose la circunstancia de que posteriormente el vendedor remite al comprador una confirmación escrita, señalando que el contrato se había celebrado de acuerdo con sus condiciones, en las que figura una cláusula atributiva de competencia, estaba claro que tal cláusula no había sido objeto de acuerdo y que no podía ser vinculante, a menos que hubiera dado lugar a la aceptación expresa y por escrito del comprador (pp. 9-10). En tercer lugar, el Tribunal apuntó que la solución podría haber sido distinta en el caso de que el acuerdo verbal formase parte de las relaciones comerciales habituales entre las partes, siempre que se hubiera probado que, en su conjunto, dichas relaciones venían rigiéndose por las condiciones generales del autor de la confirmación (p. 11). En relación con esta tercera puntualización el TJCE añadió que el hecho de que el comprador no hubiera formulado objeciones a la confirmación emanada unilateralmente del vendedor no significaba la aceptación de la cláusula atributiva de competencia, a menos que el acuerdo verbal se enmarcara en las relaciones comerciales habituales entre las partes basadas en las condiciones generales de una de ellas (p. 12).

Posteriormente, en la *Sentencia del TJCE de 19 de junio de 1984, C-71/83, Tilly Russ/Nová*³², se señaló que si se acreditaba que la cláusula atributiva de competencia que figuraba en las condiciones impresas de un conocimiento de embarque había sido objeto de un acuerdo verbal anterior entre ambas partes, referido expresamente a la cláusula, de la cual el conocimiento, firmado por el porteador debía considerarse la confirmación escrita, dicha cláusula cumpliría los requisitos de validez formal del Convenio de Bruselas, aunque no la hubiese firmado el cargador (p. 17). Y también se apuntó, en la línea flexibilizadora de la Sentencia anterior, que aun cuando faltase el acuerdo verbal referido a dicha cláusula, podían entenderse cumplidos los requisitos de validez formal siempre que la emisión del

31 .- ECLI:EU:C:1976:178.

32 .- ECLI:EU:C:1984:217.

conocimiento de embarque, con las condiciones fijadas por el porteador, fuesen parte de las relaciones comerciales habituales entre cargador y porteador (p. 18).

En la *Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1985, C-221/84, Berghoefer ASA*³³, se precisó que siempre que se acreditase que la atribución de competencia había sido objeto de un acuerdo verbal, si la confirmación por escrito realizada por una de las partes se hubiese remitido a la otra parte sin que esta a su debido tiempo hubiese formulado objeción alguna, sería contrario a la buena fe que esta última parte pretendiera oponerse a la aplicación del acuerdo verbal (p. 15). En esta Sentencia también se puso de manifiesto que la confirmación por escrito del acuerdo atributivo de competencia podía provenir de cualquiera de las partes (p. 16).

2.3.2.3. Acuerdo celebrado en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas

El art. 25.1.b) del Reglamento 1215/2012 y el art. 23.1.b) del Convenio de Lugano disponen que el acuerdo atributivo de competencia también podrá celebrarse en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas.

Como se ha visto, en la jurisprudencia del TJUE se venía haciendo una interpretación bastante estricta de la validez de las cláusulas atributivas de competencia insertas en condiciones generales de la contratación. La *Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1976, C-25/76, Segoura/Bonakdarian*, abrió la puerta a una cierta flexibilización interpretativa, en base a la existencia de relaciones comerciales habituales entre las partes y a que se probara que, en su conjunto, dichas relaciones venían rigiéndose por las condiciones generales del autor de la confirmación, donde figuraba la cláusula de sumisión expresa (p. 11). En esta misma línea se situó la *Sentencia del TJCE de 19 de junio de 1984, C-71/83, Tilly Russ/Nova*, a la que también acabamos de referirnos, llevando a que esta modalidad formal se incorporara al Convenio de Bruselas de 1968, con ocasión del Convenio de adhesión de España y Portugal de 1989³⁴.

En cuanto a qué debe entenderse por hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas, hemos de recordar que las dos Sentencias mencionadas se refieren a relaciones comerciales habituales. Cabría entender por tanto que puede hablarse de hábitos cuando una determinada forma de actuar se ha consolidado en las relaciones comerciales entre dos partes durante un cierto período de

33 . - ECL:EU:C:1985:337.

34 . - Vid. supra epígrafe 2. 3. 1 relativo a la evolución normativa.

tiempo³⁵. Ello, tal como se ha puesto de manifiesto en la jurisprudencia analizada, convierte a esta modalidad formal en un importante factor de flexibilización en relación con el uso de las condiciones generales de la contratación que pueden ser habituales entre dos partes, y que contengan una cláusula atributiva de competencia³⁶.

2.3.2.4. Acuerdo en una forma conforme a los usos del comercio internacional

El art. 25.1.c) del Reglamento 1215/2012 y el art. 23.1.c) del Convenio de Lugano de 2007 disponen que el acuerdo atributivo de competencia también será válido, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado. Esta modalidad, al igual que la anterior, también ha servido para flexibilizar los requisitos de validez formal, lo cual es importante en relación con el uso de las condiciones generales que pueda hacer una de las partes, donde se contenga una cláusula atributiva de competencia. Vamos a hacer un repaso de la jurisprudencia del TJUE sobre esta modalidad de validez formal, que ha servido para precisar los requisitos que deben cumplir los usos a efectos de ser tenidos en cuenta.

En la *Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1997, C-106/95, MSG/Les Gravières Rhénanes*³⁷, se señaló que el silencio de una de las partes contratantes frente a un escrito comercial de confirmación enviado por la otra, en el que figuraba una referencia impresa al fuero, así como el hecho de que una de las partes había pagado reiteradamente y sin manifestar oposición las facturas emitidas por la otra y que contenían una mención análoga, podían tener valor de consentimiento con respecto a la cláusula atributiva de competencia objeto de litigio, cuando dicho comportamiento se correspondiese con un uso del comercio internacional en el que operan las partes de que se trata, y cuando estas últimas conocieran dicho uso o debieran conocerlo (p. 20). Se señaló también en esta Sentencia que correspondía al Juez nacional apreciar lo siguiente: que el contrato de referencia se encuadraba en el marco del comercio internacional; que existía un uso en el sector del comercio internacional en el que operaban las partes del

35 . - El art. 9. 1 del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías puede ser útil a estos efectos. Conforme a este precepto, las partes quedan vinculadas por las prácticas que hayan establecido entre ellas, lo cual puede considerarse equivalente a los hábitos del art. 25. 1. b del Reglamento 1215/ 2012. Pues bien, se entiende por prácticas en el marco del Convenio de Viena las conductas que suelen observar unos determinados contratantes en sus relaciones mutuas y que se espera por tanto que las sigan manteniendo en futuros negocios. El fundamento de su aplicabilidad reside en que es lógico que esa conducta reiterada entre las partes cree la expectativa razonable de que se seguirá observando en el futuro. Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, **La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías**, Universidad de Sevilla. Secretariado de publicaciones, 2000, págs. 200 y ss.

36 . - U. MAGNUS, "Art. 25", op. cit., pág. 638.

37 . - ECLI:EU:C:1997:70.

litigio; y que las partes tenían un conocimiento efectivo o presunto de dicho uso (p. 21). Este conocimiento quedaría acreditado cuando las partes hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operasen en el sector comercial considerado o cuando, en dicho sector, un comportamiento fuese suficientemente conocido debido a que se observa de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, pudiéndose considerar que es un comportamiento consolidado (p. 24).

Estos requisitos se volvieron a reiterar en la *Sentencia del TJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, Profit Investment SIM*, a la que ya con anterioridad tuvimos oportunidad de referirnos, relativa a la inserción de una cláusula atributiva de competencia en un folleto de emisión de bonos (p. 50).

Los usos del comercio internacional se refieren a una práctica seguida de modo general y regular en un determinado sector del comercio internacional. En el epígrafe anterior hablábamos de hábitos como prácticas establecidas por dos partes en sus relaciones mutuas. A diferencia de ellos, los usos presentan, como nota diferenciadora, su carácter general³⁸.

En la *Sentencia del TJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97, Castelleti*³⁹, se ofrecieron precisiones adicionales sobre cuándo cabe considerar que estamos ante un uso. En primer lugar, no es necesario que se trate de un comportamiento que esté acreditado en determinados países ni, en particular, en todos los Estados miembros. El hecho de que los operadores de países que ocupan una posición preponderante en un determinado sector del comercio internacional observen de modo general y regular cierta práctica, puede constituir un indicio que facilita la prueba de la existencia del uso, si bien el criterio decisivo es que el sector del comercio internacional en el que las partes contratantes ejercen su actividad siga o no el comportamiento de que se trate de modo general y regular (p. 27). En segundo término, por más que la eventual publicidad en asociaciones u organismos especializados de los formularios impresos en los que figure una cláusula atributiva de competencia pueda contribuir a facilitar la prueba de una práctica seguida de modo general y regular, no cabe exigir dicha publicidad para acreditar la existencia de un uso (p. 28). En tercer lugar, un comportamiento que reúna los elementos constitutivos de un uso no pierde su condición de tal por ser impugnado ante los Tribunales, sea cual sea la amplitud de dichos litigios, mientras

38 .- Si en el epígrafe anterior nos referíamos a la utilidad que puede tener a efectos interpretativos el art. 9. 1 del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en relación con los usos puede ser útil la interpretación del art. 9. 2 de este mismo Convenio. Según este precepto: "Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate". Hay una clara similitud con el Reglamento 1215/ 2012. Al respecto véase B. CAMPUZANO DÍAZ, **La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías**, op. cit., págs. 206 y ss.

39 .- ECLI:EU:C:1999:142, nota de A. RODRÍGUEZ BENOT, *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. LI, 1999, Nº 2, págs. 701 y ss.

continúe siendo seguido de modo general y regular en el sector económico al que corresponde el tipo de contrato de que se trate. En la Sentencia se aclara que el hecho de que numerosos cargadores o endosatarios de conocimientos de embarque hayan impugnado la validez de una cláusula atributiva de competencia acudiendo a Tribunales distintos de los designados en ella, no basta para que la inserción de dicha cláusula en los mencionados documentos pierda su condición de uso, siempre que se haya acreditado y mientras continúe acreditándose que corresponde a una práctica seguida de modo general y regular (p. 29).

2.4. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE FORMA EN EL CASO TILMAN

En este caso, a cuyos hechos ya hemos tenido oportunidad de referirnos, la Cour de Cassation belga, como órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, lo que desea saber, en esencia, es si el art. 23.1.a) y 23.2 del Convenio de Lugano II, puede interpretarse en el sentido de que se ha estipulado válidamente una cláusula atributiva de competencia cuando esta se recoge en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un enlace hipertexto a un sitio web en el que se pueden consultar, y a partir del cual se pueden descargar e imprimir, sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales marcando una casilla en dicho sitio web (p. 32).

2.4.1. El acuerdo entre las partes y los requisitos de forma

El acuerdo de elección de foro se basa, como su propio nombre implica, en un *acuerdo* entre las partes implicadas. El respeto a la voluntad de las partes es lo que justifica precisamente la primacía de este foro sobre el foro general del domicilio del demandado y sobre el foro especial que corresponda por razón de la materia. Al juez le corresponde verificar que las partes han prestado su consentimiento a ese acuerdo y los requisitos de forma aparecen estrechamente relacionados a esta cuestión, pues tienen como finalidad dejar constancia de que ha existido efectivamente ese consentimiento. Pues bien, la Sentencia del TJUE en caso Tilman comienza haciéndose eco de esta línea jurisprudencial tan consolidada, antes de comenzar con el análisis de los requisitos de forma (pp. 38-39).

En relación con ello podemos señalar que una de las novedades que incorporó el Reglamento 1215/2012 fue una referencia a la validez material del acuerdo, que habrá de determinarse según el derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos (art. 25.1). Esta disposición no se recogía en los textos precedentes, ni tampoco en el Convenio de Lugano. De hecho, como en la jurisprudencia del TJUE venía identificándose el cumplimiento de los requisitos

de forma con la existencia del consentimiento⁴⁰, tal como acabamos de señalar, existía un debate en torno a si la validez de los acuerdos atributivos de competencia venía determinada exclusivamente por la normativa europea, o si podían plantearse cuestiones no resultas por esta que hicieran necesario recurrir al derecho nacional aplicable⁴¹. Aunque finalmente, las diferencias observadas a este respecto en los Estados miembros, además del deseo de mantener el paralelismo de soluciones con el *Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro*⁴², que fue uno de los objetivos Reglamento 1215/2012, llevó a incorporar una solución para la validez material⁴³.

A pesar de esta reforma, la doctrina es unánime al señalar que la existencia del consentimiento al acuerdo atributivo de competencia debe seguir deduciéndose del cumplimiento de los requisitos de forma, que sirven para dejar constancia del mismo, y de que se mantenga por tanto la interpretación que ha venido desarrollando hasta ahora el TJUE⁴⁴. Cuestión distinta sería que se alegara que el consentimiento no es válido, por estar afectado por vicios como error, dolo, violencia o intimidación, para lo que sí habría que acudir a la nueva solución sobre validez material⁴⁵. En cualquier caso, esta modificación no se ha incorporado aun al Convenio de Lugano, ni tampoco es una cuestión que se plantee en la Sentencia objeto de análisis.

2.4.2. Las particularidades del caso Tilman en relación con la remisión a unas condiciones generales

En el caso Tilman, en el que se plantea la validez de una cláusula atributiva de competencia por remisión a las condiciones generales de una de las partes,

40 Con carácter más reciente, aunque anteriores a la Sentencia objeto de análisis, pueden mencionarse: **Sentencia del TJUE de 7 de julio de 2016**, C-22/15, Hözig, ECLI:EU:C:2016:525, p. 38; **Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2017**, C-436/16, **Leventis y Vafias**, ECLI:EU:C:2017:497, p. 33; **Sentencia del TJUE de 8 de marzo de 2018**, C-64/17, **Saey Home & Garden**, ECLI:EU:C:2018:173, p. 25; **Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2020**, C-519/19, **DelayFix**, ECLI:EU:C:2020:933, p. 41.

41 Sobre los términos de este debate vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, **Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012**, op. cit., págs. 148 y ss.

42 El Convenio de La Haya de 2005 se refiere a la comprobación de la validez material con arreglo a la ley del tribunal elegido, tanto en el art. 5 relativo al tribunal competente para conocer en virtud del acuerdo, como en el art. 6 relativo a la obligación de los tribunales de los demás Estados contratantes de no conocer.

43 L. USUNIER, "Le droit applicable à la validité des clauses attributives de juridiction en vertu de l'article 25. 1 du Règlement Bruxelles I bis", G. Affaki y H. Grigera Naon (eds.), **Jurisdictional choices in times of troubles**, International Chamber of Commerce, París, 2015, pág. 159.

44 F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Art. 25", op. cit., pág. 293; M. HERRANZ BALLESTEROS, "The regime of party autonomy in the Brussels I Recast: the solutions adopted for agreements on jurisdiction", **Journal of Private International Law**, 2014, Vol. 10, N° 2, pág. 302.

45 M. HERRANZ BALLESTEROS, "The regime of party autonomy in the Brussels I Recast: the solutions adopted for agreements on jurisdiction", op. cit., pág. 302; U. MAGNUS, "Art. 25", op. cit., págs. 627-628. Con carácter más reciente, en la **Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2020**, C-519/19, **DelayFix**, se ha vinculado las cuestiones de validez material con la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Se señaló concretamente que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio como el principal, con arreglo a la legislación del Estado cuyos tribunales se designan en una cláusula atributiva de competencia, e interpretando esa legislación conforme a las exigencias de la Directiva 93/13, extraer las consecuencias jurídicas del eventual carácter abusivo de tal cláusula, dado que del tenor del artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva se desprende que los jueces nacionales están obligados a excluir la aplicación de una cláusula contractual abusiva para que esta no produzca efectos vinculantes (p. 61).

disponibles a través de Internet, se puede decir que el TJUE razona en dos fases: en una primera recurre a las pautas interpretativas ya consolidadas en su jurisprudencia, a propósito del recurso a las condiciones generales en la forma escrita tradicional; y en una segunda, a su jurisprudencia, más reciente y limitada, a propósito de la solución incorporada al Reglamento 44/2001, y después seguida por el Convenio de Lugano de 2007 y Reglamento 1215/2012, para adaptar la forma escrita a los medios electrónicos. Vamos a pasar a su análisis.

Como decíamos, en la primera fase recurre a su jurisprudencia tradicional representada por la *Sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1976, C-24/76, Estasis Salotti/Ruewa*, que por su carácter pionero fue la más relevante en la materia⁴⁶. En base a ella, el TJUE recuerda que se cumplen los requisitos de forma escrita mediante la remisión expresa en el contrato a unas condiciones generales estipuladas al dorso, donde se contiene la cláusula atributiva de competencia; o mediante referencia a una oferta, que a su vez remite de manera expresa a unas condiciones generales, susceptible de control por una persona que actúa con una diligencia normal (pp. 40-41). En relación con el caso, el resumen de la cuestión prejudicial planteada por la Corte de Casación belga ofrece información detallada sobre la remisión que contenía el contrato a las condiciones generales de una de las partes en Internet, sobre la cláusula de sumisión expresa en favor de los tribunales ingleses que figuraba en las mismas, con consideraciones adicionales que ponían de manifiesto que podía ser fácilmente comprobada por una persona que actuase con una diligencia normal⁴⁷.

Pero dado que la particularidad que motiva la cuestión prejudicial en este caso, es que se trataba de condiciones generales que no se adjuntaban al contrato y que estaban disponibles a través de Internet, el TJUE consideró también el art 23.2 del Convenio de Lugano, referido a las comunicaciones electrónicas como equivalentes a la forma escrita cuando proporcionan un registro duradero del acuerdo, del que sólo se cuenta con el precedente de la *Sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2015, C-322/14, El Majdoub*⁴⁸, a propósito del art. 23.2 del Reglamento 44/2001. Se planteó, en este caso, si podía entenderse cumplida la forma

46 Vid supra epígrafe 2. 3. 2. A).

47 El Resumen de la petición de decisión jurisprudencial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, Asunto C-358/ 21, Fecha de presentación: 9 de junio de 2021, está disponible en Curia (<https://curia.europa.eu>), vinculado a los antecedentes de la Sentencia objeto de análisis. En cuanto a las consideraciones de que podían ser comprobadas por una persona que actuase con la debida diligencia, se hace referencia a como el contrato controvertido contiene un hipervínculo que permitía acceder a las condiciones generales, habiendo puesto de manifiesto el órgano jurisdiccional belga de primera instancia que conoció del caso, que dicho enlace dirigía a una página con dos pestañas: una denominada *Log on* y otra denominada *General Supplier Information*, que daba acceso a una página que permitía descargar varios documentos, y entre ellos, las condiciones generales de compra. Se añade que las partes utilizaban la lengua inglesa en todas sus comunicaciones comerciales, las cuales se efectuaban únicamente por medios electrónicos, de manera que la parte demandante que cuestiona la validez de la cláusula de elección de foro estaba familiarizada con las herramientas informáticas y «las nuevas técnicas de comunicación» y nunca formuló ninguna objeción por no poder acceder a las condiciones generales de la parte demandada (p. 14).

48 ECLI:EU:C:2015:334.

del acuerdo de elección de foro mediante la técnica de aceptación consistente en hacer «clic» en las condiciones generales de un contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos, que contenía una cláusula atributiva de competencia (p. 20), sin que ello diera lugar a la apertura automática del documento que las contenía, pues para ello era necesario hacer otro clic en un hipervínculo específico previsto al efecto (p. 21). Pues bien, el TJUE concluyó en esta Sentencia que el art. 23.2 del Reglamento 44/2001 debía interpretarse en el sentido de que esta técnica de aceptación, mediante un «clic» de las condiciones generales, constituía efectivamente una transmisión por medios electrónicos que proporcionaba un registro duradero de dicha cláusula en el sentido de esta disposición, siempre que la mencionada técnica permitiera imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato (p. 40).

La particularidad a la que se enfrenta no obstante el TJUE en el caso *Tilman* es que no hay aceptación mediante la técnica del «clic», sino simple remisión en un contrato escrito a una dirección de Internet, en la que se recogen las condiciones generales del comprador. De hecho, en el Resumen de la petición de decisión prejudicial al que ya nos hemos referido, se da cuenta precisamente de como la parte demandante trata de marcar las diferencias con el caso *El Majdoub*, criticando que la Corte de Apelación de Lieja hubiera considerado válida la cláusula atributiva de competencia al asimilar erróneamente el acuerdo controvertido a un contrato celebrado por Internet, en el marco del cual el comprador, para finalizar su compra, debe seleccionar una casilla indicando que acepta las condiciones generales del vendedor. Esta parte subrayó que el supuesto en el que una parte firma un documento que contiene una referencia a unas condiciones generales accesibles en línea, es diferente de aquel en el que dicha parte expresa formal y directamente su aceptación a las condiciones seleccionando una casilla a tal fin (p. 15).

El TJUE no acogió sin embargo esta argumentación y se mostró favorable a la validez de la cláusula atributiva de competencia. Señaló, en línea con su jurisprudencia tradicional, que la remisión en el contrato escrito a condiciones generales mediante la mención del enlace hipertexto de un sitio web que permite, en principio, conocer dichas condiciones generales, equivale a una prueba de comunicación de la información, siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal, (p. 51). Y añadió, como novedad en relación con el formato electrónico, que el hecho de que en la página del sitio web de que se trate no exista ninguna casilla que pueda marcarse para expresar la aceptación de esas condiciones generales o de que la página que contiene esas condiciones no se abra automáticamente cuando se accede al sitio web, no puede desvirtuar tal conclusión, siempre que el acceso a las condiciones generales sea posible antes de la firma del contrato y la aceptación de esas condi-

ciones se produzca con la firma de la parte contratante afectada (p. 52). Se aludió además, en relación con que la forma electrónica debe proporcionar un registro duradero del acuerdo, a la necesaria posibilidad de salvaguardar e imprimir las condiciones generales antes de la celebración del contrato, como requisito para el cumplimiento de los requisitos de forma (p. 53)⁴⁹.

En definitiva, y esta es la conclusión de la sentencia que supone una novedad y avance con respecto a la Sentencia *El Majdoub*, se estipula válidamente una cláusula atributiva de competencia cuando esta se recoge en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un enlace hipertexto a un sitio web en el que se pueden consultar, o a partir del cual se pueden descargar e imprimir, antes de la firma de dicho contrato, sin que sea necesario que se haya instado a aceptar las citadas condiciones generales marcando una casilla en dicho sitio web.

Por otra parte, el TJUE también recuerda en este caso, en el que analizamos la validez formal de un acuerdo atributivo de competencia celebrado por escrito, en la forma equivalente electrónica, que el art. 23 del Convenio de Lugano al que está referido la Sentencia, así como antes el Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento 44/2001, ahora art. 25 del Reglamento 1215/2012, también contemplan la forma alternativa en base a los hábitos que tienen establecidos las partes o usos del comercio internacional, recordando que pueden tener un efecto flexibilizador de los requisitos formales (p. 57).

3. CONCLUSIONES

Las cláusulas de elección de foro son una herramienta fundamental para la seguridad jurídica en el comercio internacional, cuando se opta por la vía jurisdiccional en caso de conflicto. La seguridad jurídica que pueden aportar lleva a que sea necesario para cualquier especialista en derecho procesal civil internacional conocer el marco regulador, así como la interpretación que se hace del mismo. En la Unión Europea, la labor de uniformidad interpretativa que realiza el TJUE resulta de extraordinaria importancia, y no sólo para quienes actúan en este espacio de integración. A quienes negocian con personas físicas y jurídicas vinculadas a la Unión Europea, y más particularmente a quienes asesoran jurídicamente a estas personas, les resulta fácil acceder a la información de las normas que regulan los acuerdos de elección de foro y a como deben interpretarse por todos los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros.

49 F. POCAR, en el **Informe explicativo del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007**, subraya que la comunicación electrónica se considerará hecha por escrito si proporciona «un registro duradero», aunque ese registro duradero no se haya creado de hecho, lo que significa que no se exigirá como condición necesaria para la validez formal, salvo en el caso de que sea preciso probar su existencia, lo que sería por supuesto difícil de hacer por cualquier otro medio (p. 109).

La labor interpretativa del TJUE en relación con los acuerdos de elección de foro ha sido amplia y sostenida en el tiempo, pues contamos con numerosas decisiones, que ya empezaron con las distintas versiones del Convenio de Bruselas de 1968, hasta llegar a la *Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2022, C-358/21, Tilman*, que está referida al Convenio de Lugano de 2007 y es la que ha centrado el objeto de nuestro análisis. Ello es muestra de la rica problemática jurídica que puede plantearse en torno a estas cláusulas, motivada en buena medida por la obligación que conlleva de litigar en un determinado país, a lo cual pudo no prestarse la debida atención en el momento de conclusión del contrato.

En esta sucesión de cuestiones prejudiciales nos encontramos que dos de las Sentencias más recientes han estado referidas a la conclusión de la cláusula de elección de foro en formato electrónico. Si la Sentencia del TJUE a propósito del caso *El Majdoub* vino a confirmar su validez a través de la aceptación de las condiciones generales donde contiene mediante la técnica del clic, la Sentencia en el caso *Tilman* confirma su validez a través de la remisión en los contratos a las condiciones generales de una de las partes disponibles en Internet.

El TJUE ofrece en relación con esta cuestión una respuesta lógica y correcta, pues no queda comprometida la existencia del acuerdo desde el momento en que se puede acceder a la información antes de la formalización del contrato, y descargarla e imprimirla a efectos de prueba futura. Se trata de una lectura en clave actual de los requisitos de validez formal de las cláusulas atributivas de competencia, con la que el Convenio de Lugano de 2007, y por la identidad de disposiciones también el Reglamento 1215/2012, se adaptan a las necesidades del tráfico internacional y de la justicia internacional, donde el recurso a las nuevas tecnologías de la comunicación e información está cada vez más presente.

JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ATO ILÍCITO COMETIDO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES: HÁ LOCAL DO DANO?

RENATA ALVARES GASPAR¹
MARIANA ROMANELLO JACOB²

“[...] É que essa ordem foi imaginada em épocas onde os espaços tinham uma outra dimensão, onde o tempo tinha uma outra duração, onde os atores ainda permaneciam relativamente limitados no tocante à escolha das estratégias susceptíveis de serem aplicadas³.]”

1. PARA ILUSTRAR A TEMÁTICA CENTRAL

Desde que reconhecida a crise do direito internacional privado (DIPr), mais precisamente a crise do paradigma da norma de conflito – normas de DIPr –, ninguém mais duvidou que um dos objetos centrais desta disciplina passou a ser o que se denominava em alguns países (como o Brasil), direito processual civil internacional (adiante DPCI); em especial, ganharam centralidade as questões de compartilhamento de jurisdição num mundo globalizado, cooperação (jurídica) internacional e circulação de decisões, com todos os subtemas a estes assuntos correlatos.

Assim, definindo o objeto de estudo do DIPr, afirma Fernández Arroyo⁴:

“O que sobra dentro do DIPr uma vez efetuada sua depuração? Sobram as matérias que, em seu conjunto, servem para solucionar os problemas substanciais e processuais que são suscitados diante de uma situação privada internacional. Para os primeiros se organiza a matéria ou setor do DIPr “direito aplicável”, herdada apenas em parte do chamado “conflito de leis”. O segundo veio sendo regulado desde há muito sob a denominação “conflito de jurisdição” – terminologia muito comum na doutrina francesa – ou, com maior propriedade, “direito processual civil internacional” – habitual na doutrina alemã e de ampla aceitação na Espanha.

-
- 1 Pós-doutoranda do programa de Mestrado da UFU. Professora Adjunta I da ESPM. Líder do Grupo DGC. Cooordenadora dos Projetos Rede de Processo Civil Internacional e Din por Elas. Membro da ASADIP e da ABDI. Sócia da Massarente Gaspar Advocacia.
 - 2 Mestra do programa Master of Laws na McGill University. Pesquisadora do Grupo de Estudos “Direito, Globalização e Cidadania” (DGC). Presidenta do Comitê de Diversidade do Grupo de Estudos DGC. Membro da ASADIP e da Rede de Processo Civil Internacional. Advogada e Consultora Jurídica.
 - 3 ARNOUD, Jean. **Governar sem fronteiras: Entre globalização e pós-globalização**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007, p. 64.
 - 4 ARROYO, Diego P. **Derecho Internacional Privado: una mirada a sus elementos esenciales**. Advocatus, Códoba, 1998, p. 36-37 (tradução livre do original em espanhol).

Ademais, o DPCI passa a ser estudado, aplicado e refletido à luz de uma vivência do mundo numa aldeia global. O que significa dizer que as questões processuais que afetam as situações plurilocalizadas não podem ser vistas unicamente como de soberania nacional ou, tampouco, à luz da jurisdição exorbitante. Todo o contrário! O mundo globalizado, para viabilizar a coexistência, demanda um estudo sobre jurisdição – direta e indireta – à luz do pluralismo soberano em condições de igualdade. Assim, ganham força, por sua própria razão, as teorias sobre concorrência de foro, em especial de jurisdição, bem como dos seus temas correlatos⁵: *forum shopping*, *forum non conveniens* e *forum necessitatis*, por exemplo.

Posta desta forma a temática, parece ficar evidente que ela se insere no âmbito do acesso efetivo à jurisdição, matéria inserida nas temáticas de proteção internacional dos Direitos Humanos – de caráter processual – e, portanto, comandadas pela Agenda 2030, derivada dos Objetivos do Milênio das Nações Unidas⁶. Isso porque não pode haver desenvolvimento social e sustentável sem acesso efetivo – e não apenas formal – à justiça.

Somado a esta complexidade, o mundo global impôs uma vida real que não é vivida somente no mundo físico. Há uma vida real que está sendo vivida em ambientes virtuais, que desafia as premissas de espaço-tempo na qual o Direito – e consequentemente o DIPr – vem sendo brutalmente desafiado. Tais desafios, como bem explicado por Jean-Arnaud vem mudando a racionalidade jurídica. E para o referido autor, esta nova racionalidade jurídica é marcada pela “transgressão”⁷.

De tal sorte que, como pensar a jurisdição num espaço em que todas as jurisdições são tocadas simultaneamente, já que os atos e fatos no ambiente virtual se dão em todos os lugares em que haja uma conexão via internet? Como pensar jurisdição apenas e tão somente a partir de conceitos que a atrelam a um determinado território, se atos e fatos estão se dando num ambiente virtual que passa a ser, em nosso entender, um único lugar em si?

Partindo, portanto, do entendimento de que a Internet é um local único e indivisível e, portanto, inadequado às ferramentas tradicionais da modernidade, a pesquisa que culmina com este texto partiu das seguintes perguntas: de que forma se garante acesso à justiça efetiva nos casos de reparação de danos ocorridos no ambiente virtual? Qual seria a jurisdição adequada para processar e julgar o dano ocorrido na internet?

Para concretizar a pesquisa, se analisou a bibliografia à luz das teorias críticas do Direito, em especial as teorias que trabalham a pós-colonialidade, as abordagens

5 Para ampliar sobre o tema: GASPAR, Renata Alvares; PALUMA, Thiago. O *forum non conveniens* à luz do novo CPC: um diálogo da doutrina com a jurisprudência. In **Desafios do Direito Internacional Privado na Sociedade Contemporânea**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2020, p. 67-88.

6 A Agenda 2030 se encontra disponível em: <https://sdgs.un.org/2030agenda>.

7 JEAN-ARNOUD, André. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro. Lumen Juris: 2007, p. 58.

terceiro-mundistas⁸ e tudo à luz do sul global, espaço em que tais perguntas encontram, talvez, resposta diversa do norte global.

Como fica claro do anteriormente dito, nesta pesquisa partiu-se das premissas de que acesso efetivo à justiça e Direitos Humanos são fenômenos indissociáveis; partiu-se ainda da premissa de que reparação de danos só pode haver se for integral: para a vítima e como medida de inibição econômica de comportamentos ilícitos.

A pesquisa levou em consideração na análise da reparação seu ambiente econômico; portanto não se pode pensar em reparação sem pensar na justiça material que emerge – ou não – de uma sentença judicial desta natureza. Assim se sabe de antemão que alguns podem não gostar dos resultados obtidos. Isso porque a pesquisa perpassa questões jurídicas e metajurídicas com as quais o Direito, em sua superlativa atualidade, não pode obviar, como o fazia em séculos passados.

Nesse contexto, parece importante deixar claro que o resultado não é peremptoriamente conclusivo. Todo o contrário! Como resultado se buscou realizar algumas reflexões e deixar algumas sugestões transgressoras que ofereçam novos tipos de soluções a problemas também novos e ainda não inteiramente resolvidos ou sedimentados (quando cotejados com os problemas e soluções mais “clássicos” do DIPr). Nossa proposta é, ainda, que tais contribuições sejam debatidas criticamente, a fim de viabilizar o avanço sobre o tema, que parece já estar correndo atrás da história jurídica e não à sua frente.

Por fim, embebido nesse espírito disruptivo, todo este esforço acadêmico foi realizado usando uma metáfora borgiana, encontrada em um dos contos mais emblemáticos do gênio literário Jorge Luis Borges: *El Aleph*. Como se verá, o encontro com o Aleph, isto é, com um infinito (portanto, sem começo e fim) concebido como um local único e ilimitado, ressoa imensamente, em nosso sentir, com a rede mundial de computadores. O conto, portanto, trouxe luzes inovadoras ao nosso pensar jurídico, nos fazendo sentido utilizar essa inusitada – e transgressora – correlação.

2. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL E ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA: O LOCAL DO DANO NAS DEMANDAS DE REPARAÇÃO

O DIPr erigiu suas premissas localizadoras na concepção moderna cujo paradigma sempre foi soberania *versus* proximidade⁹. Tanto é assim que o mestre Haroldo Valadão¹⁰ afirmava que

8 Para entender estas apostas metodológicas: BADIN, Michelle Rattron Sanchez; MOROSINI, Fábio Costa; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. **Direito Internacional: leituras críticas**. Almedina. São Paulo: 2019.

9 Sobre o binômio soberania-proximidade, imprescindíveis os comentários de FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **Derecho Internacional Privado: Una mirada actual sobre sus elementos esenciales**. Córdoba: Advocatus, 1998, p. 92-93.

10 *Ibidem*, p. 13.

... O DIP não nasceu no século passado com o nome atual, mas há muito tempo, vem dos séculos XIII e XIV com os glosadores e os pós-glosadores, **desenvolvendo-se pelos séculos XV a XVIII**, não para resolver conflitos interlocais, mas visando principalmente aos conflitos de estatutos, intermunicipais, no norte da Itália, conflitos de direito, interprovinciais nos Países Baixos⁹. (os grifos não são do original).

Assim que, o DIPr experimentou durante muitos séculos os desafios de pensar Direito e Justiça, em casos plurilocalizados a partir de uma técnica que, considerando a pluralidade de soberanias e a simultaneidade de normas – materiais e processuais –, oferecia ferramentas de localização, já que o direito tinha se construído como expressão da soberania que, por sua vez, detinha uma componente central de territorialidade.

Na atualidade, o cenário é outro. É inegável que ainda nos enfrentamos com pluralidade de soberanias e, portanto, de sistemas de justiça. Hoje, porém, o DIPr se encontra em estado de evolução à luz da governança global¹¹ e, portanto, considera outros objetos em seu escopo, possuindo a cooperação jurídica internacional e os Direitos Humanos como razão e norte. Nessa qualidade, o DIPr da contemporaneidade tem como um dos objetos e objetivos centrais, enfrentar referida pluralidade de soberanias não somente à luz da diversidade de normas materiais, mas e, sobretudo à luz da pluralidade de Jurisdições e – quando simultaneamente adequadas – a coordenação de todas elas para exercer o poder jurídico de solução de conflitos ante um caso multiconectado.

De tal sorte que desde meados do século passado já se impunha como centralidade no DIPr sua dimensão judicial¹² e não mais o conflito de leis; sem embargo, apesar da mudança de centralidade, as premissas e as ferramentas – que remetem direta e indiretamente a um esforço localizador – seguiam sendo as mesmas e sua interpretação também.

Esta evolução, como é natural, acabou por colocar o DIPr no centro dos debates sobre acesso à justiça; neste caso, o debate passou a ser o acesso à justiça (e sua denegação) nos casos plurilocalizados à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos. Daí que houve um desenvolvimento, que se nota até hoje, sobre os estudos dos *forum non conveniens*, *forum shopping* e *forum necessitatis*, como objeto do denominado direito processual civil internacional, parte especial do DIPr contemporâneo¹³.

11 Para aprofundar a compreensão da interrelação entre DIPr e governança global ver MUIR WATT, Horatia; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., **Private International Law and Global Governance**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014.; e MUÑOZ, Javier L. Ochoa. **Acceso Transnacional a la Justicia y Gobernanza Global**. Comentarios Introdutorios a los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia. Revista de Direito Brasileira, v. 20, n. 8, 2018. p. 347–353.

12 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **Direito Internacional Privado: uma mirada actual**. Advocatus. Córdoba: 1998, p. 28-46.

13 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. Saraiva. São Paulo: 2021, p. 224. Note-se que a expressão, e mesmo a alocação do Direito Processual Civil Internacional como parte especial do DIPr – não é universal – o Canadá, por exemplo, não adota tal designação e trabalha os temas processuais específicos como parte do grande guarda-chuva *conflict of laws*. Concordamos, porém, nesta pesquisa com a especificidade da disciplina processual civil internacional, que já ganhou espaço em diversos cenários ao redor do globo. Fernández Arroyo, e. g., já se referiu à “composição clássica do direito processual

Não é tarefa fácil, num mundo globalizado, concretizar acesso transnacional à justiça nos casos multilocalizados, máxime quando a fixação de jurisdição tenha que respeitar as premissas materiais de acesso à justiça à luz dos Direitos Humanos. Isso porque quando se adverte a presença dos Direitos Humanos, abre-se, para gosto ou desgosto, um debate sobre seu conteúdo e reconhecimento. E, num mundo plural, tal pluralidade – ou pluralismo – é natural.

Esta pluralidade de normatização, compreensão e interpretação do acesso transnacional à justiça à luz dos Direitos Humanos nos coloca no centro da pesquisa que ora se apresenta: o que seria acesso transnacional à justiça à luz dos Direitos Humanos num mundo globalizado em que os atores convivem num lugar denominado ambiente virtual, onde todos e tudo estão juntos e, ainda, sua velocidade é tamanha que qualquer relação social com transcendência jurídica, numa fração de segundos pode atingir todo o globo terrestre que esteja conectado à rede mundial de computadores? Ademais, como interpretar o acesso transnacional à justiça à luz dos Direitos Humanos, a partir de casos concretos levados a efeito no espaço virtual, que – como se verá adiante – é tão real quanto o físico e que a principal diferença entre ambos é sua divisão territorial para efeitos de localização jurisdicional (soberania)? Em essência, como se pode conceber os conceitos de soberania no mundo virtual?

No mundo físico, fixar uma jurisdição concorrente em que a vítima pretenda buscar reparação parece relativamente fácil, sobretudo se pensando apenas e tão somente de forma técnica sem qualquer consideração de justiça material. A solução mais amplamente aceita – embora não a única, como se verá no próximo tópico – é a jurisdição do local onde o dano produziu efeitos ou o local do dano, sem mais adjetivos.

De tal sorte que, uma resposta sem maiores digressões do que significa o ambiente virtual e quais seus desafios para o mundo físico, em especial para a questão de acesso transnacional à justiça, seria: o local do dano. Assim vem respondendo o sistema jurídico nacional, como se depreende do RESP n. 1.168.547/RJ¹⁴, em que o STJ em 2011, definiu, não sem constrangimento para lidar com a localização no ambiente virtual, a jurisdição brasileira pois no Brasil

civil internacional” como: jurisdição internacional, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras e a faceta processual da cooperação jurídica. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI*. Cader-nos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir. / UFRGS, 2003, p. 218. Particularmente no Brasil, esta expressão tam-bém foi difundida como parte do DIPr. O curso geral de direito internacional privado da jurista Nádia de Araujo é um exemplo ilustrativo dessa tendência ao dedicar um capítulo inteiro ao “Procedimento Civil Internacional no Brasil” (Capítulo III). ARAÚ-JO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9ª ed, Thomson Reuters Brasil, São Paulo: 2020.

14 O caso pode ser consultado no site oficial do STJ, através do link [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271168547%27\)+ou+\(%27Resp%27+adj+%271168547%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271168547%27)+ou+(%27Resp%27+adj+%271168547%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)

havia sido experimentado o dano – o local do dano. E esta decisão segue servindo de base e paradigma para outras adotadas até a atualidade¹⁵.

Será mesmo possível seguir-se nesta linha? Será mesmo possível para o Direito no geral e para o DIPr em especial seguir resolvendo as questões de pluralidade – leis e jurisdição – no ambiente virtual como se este fosse um ambiente físico? E mais, será o lugar do dano, nos casos em que a reparação como forma de responsabilização é econômica, inclusive para desestimular práticas ilícitas, garante acesso transnacional efetivo à justiça?¹⁶

Nos casos de reparação de danos, como se verá adiante, o *quantum* a ser pago pelo violador à vítima é essencial não só para efeitos de reparação individual ou coletiva pelos prejuízos, mas também – e sobretudo – para desestimular práticas ilícitas, em especial por atores jurídicos que tenham muito poder econômico e conseguem internalizar indenizações pouco expressivas em seus custos, possuindo pouco ou nenhum estímulo – desde a perspectiva econômica – para evitar que as violações aconteçam. Condenar estes atores a quantias consideradas baixas para tais atores, até poderia em certa forma reparar os danos individuais; mas não repara o dano coletivo e, ainda, não desestimula práticas violadoras de direitos.

De tal maneira que, tanto considerando o valor real de uma reparação de danos em seu sentido integral – aqui entendida como reparação tanto individual quanto coletiva, bem como forma de desestímulo econômico a práticas ilícitas – quanto considerando o lugar do dano no ambiente virtual, parece que as ferramentas de interpretação do Direito e, em especial do DIPr, precisam ser repensadas como se verá no desenvolvimento a seguir do presente trabalho.

3. VIABILIZAÇÃO DA REPARAÇÃO DE DANOS NO AMBIENTE VIRTUAL

Conforme exposto no tópico anterior, o binômio proximidade-soberania já integra, há algum tempo, a essência do DIPr. Tal interrelação obriga a soberania e seus conceitos correlatos (tais como território e poder estatal) a não mais operar de forma suprema sem considerar o convívio com outros princípios e valores indispensáveis a um mundo hiperconectado, cuja governança global está marcada, de forma indelével, pela proteção dos Direitos Humanos. Essa relativização e remodelação não afastam, por óbvio, a relevância histórica da soberania que “corresponde ao princípio mais tradicional do direito internacional público”¹⁷, e que já fundamen-

15 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional**. Saraiva. São Paulo, p. 243-244.

16 Sobre acesso efetivo à justiça ver: BORGES, Alexandre Walmott; GASPAR, Renata Alvares. Acesso à justiça: um olhar contemporâneo sobre seu sentido e alcance no fazer da justiça. *In Estudos sobre Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. LAECC. Uberlândia: 2020, p. 599-605.

17 TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição**. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 141.

tou – e ainda fundamenta (por exemplo, o local do bem sob disputa) – diretamente algumas regras fixadoras de jurisdição no âmbito do DIPr.¹⁸ Da mesma forma, a territorialidade¹⁹ não deixa de existir já que a ideia original²⁰ de identificar a sede de uma situação geograficamente multiconectada para poder definir a jurisdição apropriada (e a lei aplicável) mantém-se presente²¹.

A questão é que, embora a dimensão jurisdicional do DIPr tenha sido por bastante tempo concebida como um exercício do poder nacional²², atualmente não se pode mais justificar a existência da jurisdição somente com base na soberania, sob pena de legitimar o estabelecimento e exercício de jurisdições exorbitantes²³ ferindo assim diretamente premissas básicas de Direitos Humanos. Diante disso, as bases de jurisdição próprias do novo paradigma do DIPr visam, de forma geral, combinar o objetivo de apontar a sede de uma relação jurídica plurilocalizada com a garantia de que tal sede representa – de fato e não de forma fictícia ou frágil – uma conexão substantiva entre o foro, as partes e o litígio.

O exemplo mais tradicional considerado como o paradigma de conexão razoável (baseado no princípio da proximidade) é o domicílio do réu eis que parte do pressuposto que o direito de defesa está assegurado. Conforme leciona Arroyo, tal fator “apresenta sinais externos, visíveis e pelo menos parcialmente objetivos para indicar o local em que uma pessoa pode ser encontrada com uma margem de probabilidade considerável e que, ao mesmo tempo, deve permitir que ela, em princípio, exerça seus direitos de defesa”.²⁴ Nota-se, assim, que a base territorial²⁵

-
- 18 TIBURCIO, Carmen. **Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 139.
 - 19 Sobre a relação do DIPr e territorialidade, as palavras de Alex Mills são elucidativas: “(...) as conexões territoriais têm historicamente a influência mais significativa, refletindo uma abordagem do direito internacional privado que entende o assunto como preocupado com a divisão e atribuição da autoridade estatal e adota uma concepção ‘espacial’ dessa autoridade.” (...)” MILLS, Alex. **Justifying and Challenging Territoriality in Private International Law. Philosophical Foundations of Private International Law**. Faculty of Laws University College London Law Research Paper, n. 5, 2022, p. 1 (tradução livre do inglês).
 - 20 Referimo-nos, aqui, em especial à contribuição de Savigny. Há, sabidamente, uma gama quase infindável de trabalhos acadêmicos que visaram explicar o racional Savignyano que dividiu o DIPr em “antes e depois”. Para os fins deste trabalho, porém, parece especialmente oportuno o resumo apresentado por Alex Mills que, baseando-se diretamente na obra de Savigny, explica que: “Savigny também aceitou o princípio básico da soberania territorial como ponto de partida para a derivação de regras de direito internacional privado, mas se afastou mais claramente da tradição estatista ao reorientar o problema em torno da ‘relação jurídica’ ao invés de atos regulamentares estatais. Para Savigny, o papel do direito internacional privado foi redescrito como encontrar o direito ao qual cada relação ‘pertence’, para ‘determinar a sede (o lar) de toda relação jurídica’ (...). Os tipos de ligações que se consideram determinantes evidenciam a influência da sua aceitação da soberania territorial – Savigny geralmente privilegiava a ‘localização’ (...).” MILLS, Alex. **Justifying and Challenging Territoriality in Private International Law. Philosophical Foundations of Private International Law**. Faculty of Laws University College London Law Research Paper, n. 5, 2022, p. 5 (tradução livre do inglês).
 - 21 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **Derecho Internacional Privado: Una mirada actual sobre sus elementos esenciales**. Córdoba: Advocatus, 1998, p. 93.
 - 22 CUNIBERTI, Gilles. **Conflict of Laws: A Comparative Approach**, 2 ed, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2022, p. 136.
 - 23 GASPAR, Renata Alvares; PALUMA, Thiago. O Forum Non Conveniens à Luz do Novo CPC: um diálogo da doutrina com a jurisprudência nacional. In: FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro de; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (Orgs). **Desafios do direito internacional privado na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 67.
 - 24 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales**. Recueil des cours, La Haye, v. 323, 2006, p. 44. (tradução livre do francês)
 - 25 Como bem colocado por Michaels ao discutir a territorialidade no campo da proximidade: “a conexão territorial mais importante no tocante à jurisdição é o domicílio da parte (...)”. (tradução livre do inglês). MICHAELS, Ralf. **Jurisdiction, foundations**.

coexiste – ou deveria coexistir – com valores e garantias essenciais de um sistema jurídico em que o ser humano deve ser o centro²⁶ e a justiça material – em oposição ao mero acesso formal à justiça – deve ser assegurado pelo Direito.²⁷

Mais saliente ao tema desta pesquisa são as bases de jurisdição no caso de dano decorrente de atos ilícitos, que ganham especial complexidade quando multilocalizados, ou seja, quando os elementos que configuram o ato ilícito ocorrem em lugares distintos entre si.²⁸ Exemplo clássico é a situação em que o ato ocorreu em local diverso de onde o dano foi sentido pela vítima; ou ainda, casos em que o dano é experimentado em vários locais diferentes ou de forma continuada no tempo. Conforme já mencionado, dada a relevância que os fatos possuem nesse tipo de litígio, os locais do dano ou do evento danoso como elementos (territoriais) de conexão ganham legitimidade à luz da proximidade, já que são na maioria dos casos os locais onde os fatos controvertidos podem ser estabelecidos.²⁹ Por tal razão, “os atos ilícitos normalmente incluem um elemento de conduta ilícita e danos, e as regras jurisdicionais devem determinar se a localização de um ou de ambos é suficiente para estabelecer a autoridade de um tribunal”.³⁰

No entanto, no contexto virtual, as bases de jurisdição têm sofrido especiais desafios já que, ainda que em diálogo com a proximidade real entre o caso e o foro, seguem imbuídas em um racional localizador, gerando o questionamento sobre quão adequadas são as ferramentas modernas do DIPr no espaço da Internet.

De modo geral, a rede mundial de computadores é, por si só, complexa e desafiante. Da mesma forma que é um terreno fértil para acesso e troca dos mais diversos tipos de informação e comunicação de qualquer ponto do globo (o que materializa, neste aspecto, o fenômeno da globalização), a Internet é igualmente propícia para o surgimento de conflitos plurilocalizados.³¹ Como bem explicam Freitas e Pereira:

Duke Law School Public Law & Legal Theory, n. 53, 2016. Tópico IV, 2, a).

26 Nesse sentido, oportunas as palavras: “O Processo Civil Internacional (...) deve ser analisado por uma ótica que dê prevalência à proteção da pessoa humana e sua dignidade, como objetivo maior do sistema.”. ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 9ª ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

27 VIEIRA, Luciane Klein; GASPAR, Renata Alvares. Forum shopping e Forum non conveniens nos Estados Parte do Mercosul: estado da arte e sua consonância com os Princípios ASADIP sobre Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS). In: LOPES et al (Orgs). **Litígios Cíveis Transnacionais no Espaço Iberoamericano**, 1ed, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 43 e p. 63.

28 Audit se refere a esse tipo de ilícito civil como complexo (*délit complexe*) em oposição a ilícito simples (*délit simple*) em que todos os seus elementos estão situados no mesmo local. Vêe: AUDIT, Bernard. **Le Droit International Privé en Quête d’Universalité, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, t. 305. Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff, 2004, p. 440.

29 AUDIT, Bernard. **Le Droit International Privé en Quête d’Universalité, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye**, t. 305, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff, 2004, p. 440.

30 MILLS, Alex. **Justifying and Challenging Territoriality in Private International Law. Philosophical Foundations of Private International Law**. Faculty of Laws University College London Law Research Paper, n. 5, 2022. p. 17 (tradução livre do inglês).

31 DE FREITAS CASTRO, Emília Lana; WINTER, Patricia Pereira. **O conflito de jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet**. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 18, n. 28, 2014, p. 2-3.

Tais conflitos não se encontram somente no contexto dos contratos eletrônicos ou no que diz respeito ao registro de nomes de domínios; a rede mundial de computadores é palco também para a prática de diversos crimes. Ademais, no espaço cibernético é preciso que haja proteção não só à propriedade industrial e intelectual, na maioria das vezes garantidas por cláusulas expressas, mas também a direitos com origem na responsabilidade civil extracontratual. A honra, a intimidade e a imagem são diariamente violadas na rede: vídeos, fotos, dados em geral são por vezes disponibilizados e disseminados no mundo virtual sem o consentimento ou autorização legal do indivíduo em questão.³²

Ademais, à falta de um consenso internacional no âmbito da governança global sobre o “local virtual” – por razões óbvias, pois não é simples pensar o ambiente virtual como se pensou no território quando da consolidação do estado-nação –, a jurisdição em litígios transnacionais oriundos deste meio, quando regulamentada, apresenta pluralidade, de forma a atender os desejos das soberanias – distintos ordenamentos jurídicos –,³³ gerando assim uma pluralidade de possibilidades.

De forma mais específica, o ambiente virtual, materializado por conexões via internet, por sua própria natureza, não possui fronteiras e “seu habitat natural é global”³⁴. Assim que, identificar a jurisdição apropriada para regular uma disputa originada num espaço organicamente difuso possui como obstáculo principal sua compreensão e regulação, a partir de conceitos e visões tradicionais, que dificilmente podem ser situados ou reconhecidos ou transportado para o campo cibernético³⁵ – tais como o lugar do domicílio do réu ou onde o ilícito foi cometido.³⁶ No caso do domicílio do réu, este serve pouco ao campo cibernético se tal domicílio não for facilmente identificado com o domicílio físico – endereço físico e endereço de IP, por exemplo. Similar é o desafio para identificação do “local do dano”, se a pesquisa for realizada com as lentes dos séculos XVII ou XVIII, que servira para definir e demarcar territórios. Conforme lecionam Biazatti e Villela,

Especialmente na internet, o princípio territorial como critério de definição da jurisdição se revela falho, uma vez que a localização geográfica de um ato jurídico realizado pela internet é de difícil precisão. (...) Identificar a localização ideal de uma atividade online que resulte em fato jurídico relevante é, portanto, uma questão difícil e complexa.³⁷

32 *Ibidem*, p. 2.

33 *Ibidem*, p. 4. Sobre o histórico e os desafios de se estabelecer um marco regulatório internacional para a Internet, ver: BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estadais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 22-23. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbZV](http://bit.ly/2qJBbZV). Último acesso em 21. 01. 2023; e RAHMAN, Afzalur. **Personal Jurisdiction on the Internet: A Global Perspective**. *Journal of Internet Commerce*, v. 14, n. 1, 2015, p. 114-122. p. 119-120.

34 SUPREMA CORTE CANADENSE. **Caso Google Inc v Equustek Solutions Inc**. 2017. SCC 34, p. 41.

35 Vale notar que, conforme explica Fernandez Arroyo, nem todos os litígios oriundos da Internet necessariamente dificultam estabelecer a jurisdição razoável. Em se tratando, por exemplo, de um caso em que o domicílio do réu ou mesmo a execução do contrato são determináveis e ocorrem na “vida real” pouco importará que a celebração do referido contrato tenha ocorrido no ciberespaço. Ver: FERNANDEZ ARROYO, Diego P. **Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales**. *Recueil des cours, La Haye*, v. 323, 2006, p. 47.

36 DE CASTRO MENDES, Aluisio; TIBURCIO, Carmen. **Jurisdiction over Torts with Foreign Elements according to Brazilian Law**. *IJPL*, v. 3, p. 223, 2013, p. 232.

37 BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estadais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 16. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbZV](http://bit.ly/2qJBbZV).

Face a tais desafios, diferentes abordagens vêm sendo propostas sobretudo no que toca a danos derivados de atos ilícitos cometidos na Internet – escopo principal desta pesquisa – para conciliar a inadequação de critérios territoriais ao mundo virtual, bem como a necessidade de se garantir a existência de uma conexão razoável que justifique a jurisdição, i.e., o princípio da proximidade. Há, ao redor do mundo, casos emblemáticos que ilustram esse cenário.

No âmbito da União Europeia, por exemplo, dois casos são frequentemente citados como decisões de importância: *eDate Advertising GmbH v. X*³⁸ e *Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*³⁹. Em apertada síntese,⁴⁰ ambos os litígios lidam com violação aos direitos de personalidade por publicação na Internet realizada por empresas sediadas em Estado-Membro diverso ao do domicílio das vítimas (autores da ação). As empresas-rés dos dois casos contestaram a jurisdição dos foros de propositura das ações, razão pela qual coube ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidi-los de forma definitiva.

Partindo da interpretação do então em vigor art. 5(3) do Regulamento 44/2001 (Bruxelas I), que definia o foro do evento danoso (tanto local do evento em si quanto onde o dano foi materializado)⁴¹, a corte reconheceu que violações ocorridas via Internet apresentavam peculiaridades. Como bem sintetizaram Biazatti e Villela:

O Tribunal indicou que conteúdos disponibilizados na internet se diferem daqueles publicados de forma impressa, já que o conteúdo de um site pode ser consultado instantaneamente por um número indefinido de pessoas em todo o mundo, independentemente da intenção da pessoa que os publicou. Isso revela que, no âmbito da internet, o escopo de difusão de certa informação é nada menos do que universal. Assim, a aplicação do critério da materialização do dano no contexto da internet contrasta com a gravidade do dano que a eventual vítima por sofrer, já que o conteúdo digital se encontra disponível para qualquer pessoa, em qualquer local do globo.⁴²

Ao enfrentar os litígios desde essa ótica, o TJUE chegou à conclusão que era necessário adaptar os critérios de conexão.⁴³ Assim, para além do Estado-Membro

Último acesso em 21. 01. 2023.

38 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso eDate Advertising GmbH v. X*. C-509/ 09 e C-161/ 10. 25. 10. 2011

39 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Caso Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*. C-278/ 09. 20. 11. 2009.

40 Para um conhecimento maior dos fatos e das decisões, recomendam-se os resumos dos casos feitos por: DE FREITAS CASTRO, Emília Lana; WINTER, Patricia Pereira. **O conflito de jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet**. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP; v. 18, n. 28, 2014, p. 7-10; e BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estatais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 9-10. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbzV](http://bit.ly/2qJBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023.

41 Artigo 5º: Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro: 3. Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso. UNIÃO EUROPEIA. **Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial**. Jornal Oficial nº L 299 de 31/ 12/ 1972, p. 0032-0042.

42 BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estatais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 9-10. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbzV](http://bit.ly/2qJBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023.

43 *Ibidem*.

do lugar do estabelecimento da emissora do conteúdo virtual impróprio⁴⁴ e do Estado-Membro onde a publicação está ou esteve acessível,⁴⁵ a vítima pode também ajuizar a ação indenizatória, pleiteando a totalidade dos danos, no local de seu *centro de interesses*⁴⁶, o qual corresponderia “no local onde o ato alegadamente danoso seja melhor apreciado pelo órgão jurisdicional, ou seja, no local em que a integralidade desse dano possa ser adequadamente averiguada”⁴⁷. Com a adição deste elemento de conexão próprio para um caso de ocorrido na esfera virtual, nota-se um estado de consciência de que a Internet requer diferentes soluções alinhadas à proximidade. O aspecto localizador, no entanto, não parece ter sido banido, eis que o *local* do centro de interesses da vítima ainda precisa ser encontrado.

Já nos Estados Unidos, duas teorias parecem prevalecer quando se trata de litígios ocorridos via Internet. No famoso caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com*⁴⁸, que envolveu alegação de diluição de marca,⁴⁹ a Corte Distrital Ocidental da Pensilvânia decidiu que esta possuía jurisdição levando em conta o grau de interatividade existente entre o site e o público, bem como a natureza e qualidade da atividade comercial virtual. Estabeleceu-se, assim, a teoria da interatividade, por meio do qual a jurisdição seria ou não estabelecida a partir de um teste de escala móvel de três partes a ser operada ao longo de um espectro.⁵⁰ Num dos extremos de tal espectro, o website é tão ativo que não há dúvida que a empresa-ré realiza atividades comerciais naquele foro, justificando assim a assunção de jurisdição.⁵¹ Na outra ponta, porém, o website é passivo e, portanto, insuficiente para embasar a jurisdição já que tudo o que tal site faz é disponibilizar informações.⁵² Disputas jurisdicionais que não se enquadram em tais extremos, devem ser analisadas caso a caso pela corte, levando em conta justamente o grau de interatividade e a natureza comercial da atividade ocorrida via Internet.⁵³

44 Nesse caso, a vítima pode pleitear a totalidade dos danos.

45 O pedido de reparação, no entanto, deve ser limitado aos danos causados em tal Estado-Membro.

46 DE FREITAS CASTRO, Emília Lana; WINTER, Patrícia Pereira. **O conflito de jurisdições em caso de violação de direitos da personalidade por publicação na internet**. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 18, n. 28, 2014. As autoras explicam que três critérios identificam tal local: (i) “território em que o meio de comunicação poderia ter previsto a eventual verificação da ofensa”; (ii) “o lugar em que o particular afetado desenvolve essencialmente o seu projeto de vida”; e (iii) a natureza da informação.

47 BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estadais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 10. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbzV](http://bit.ly/2qJBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023.

48 UNITED STATES SUPREME COURT FOR THE WESTERN DISTRICT OF PENNSYLVANIA. **Case Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc**, 952 F. Supp. 1199, W. D. Pa. 1997.

49 Para o detalhamento dos fatos, além da decisão em si, ver HAWKINS, Eric C. **General Jurisdiction and Internet Contacts: What Role, If Any, Should the Zippo Sliding Scale Test Play in the Analysis**. Fordham Law Review, v. 74, n. 4, 2006, p. 2371 e p. 2384-2385; e BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estadais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 7-8. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbzV](http://bit.ly/2qJBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023.

50 STOYAN, Sophie. **Just a click away? Jurisdiction and virtually carrying on business in Canada**. Journal of Private International Law, v. 13, n. 3, 2017, p. 602-632. p. 614-615.

51 *Ibidem*, p. 602-632. p. 615.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

A escala proposta no caso *Zippo*, no entanto, apresentou problemas ao longo dos anos⁵⁴, promovendo um movimento de retorno à teoria dos efeitos que, no caso *Calder v. Jones*⁵⁵, tratou de danos causados via publicação impressa, mas cujo racional passou a ser utilizado também para litígios oriundos da Internet.⁵⁶ Em suma, o foco da teoria é identificar se os efeitos danosos da publicação (ou do evento danoso) foram sentidos, em larga medida, no foro demandado. Em termos mais práticos, por exemplo,

Uma corte pode determinar a sua competência sob o fundamento de que certo conteúdo digital, independentemente do local onde foi inserido na internet, produziu danos a um indivíduo que se encontra sujeito à jurisdição desta corte. Também pode-se alegar que certo website com conteúdo ilegal teve como alvo ou foco certo grupo de pessoas que se encontra sob a jurisdição do foro em questão. Em outras palavras, o website foi intencionalmente projetado para atingir aquele grupo, garantindo competência ao juiz correspondente.⁵⁷

Referida teoria dos efeitos, aliás, foi adotada no Brasil pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) já em caso anterior⁵⁸ ao novo Código de Processo Civil e, mais recentemente, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), valendo-se deste exato precedente, manteve tal posição no julgado *Vitorelli*⁵⁹. Tal caso tratou de danos experimentados no território brasileiro em função de ato provocado pela Internet (e-mail). Em resumo, os autores eram contratados para fazer serviços de frete à empresa-ré, que não era domiciliada no Brasil. Após um desentendimento referente ao valor devido por um dos serviços, as partes decidiram encerrar a relação negocial. Na sequência, porém, a empresa-ré enviou e-mails a outros clientes dos autores narrando o ocorrido e desencorajando-os a manter a contratação dos serviços, motivando os autores a ajuizar ação de danos morais dada a repercussão de tais e-mails em seus negócios no Brasil. Declarada a incompetência brasileira em primeira instância, o caso foi levado ao crivo do TJPR.

Referido tribunal decidiu que o fato que deu fundamento a ação judicial foi o envio de e-mails pela empresa-ré. A corte, no entanto, reconheceu a com-

54 Para um aprofundamento sobre tais problemas, indispensável ver: HAWKINS, Eric C. General **Jurisdiction and Internet Contacts: What Role, If Any, Should the Zippo Sliding Scale Test Play in the Analysis**. *Fordham Law Review*, v. 74, n. 4, 2006, p. 2371.

55 UNITED STATES SUPREME COURT. **Case Calder v. Jones**. 465 U. S. 783, 1984.

56 Nesse sentido, são válidos os comentários de HAWKINS, Eric C. General Jurisdiction and Internet Contacts: **What Role, If Any, Should the Zippo Sliding Scale Test Play in the Analysis**. *Fordham Law Review*, v. 74, n. 4, 2006, p. 2371 e p. 2390: “À medida que os problemas com o caso *Zippo* se tornam aparentes e os tribunais entendem melhor a Internet, os tribunais começaram a se afastar do teste *Zippo* e se mover em direção a outras abordagens à jurisdição pessoal baseada na Internet. Vários juristas observaram uma tendência para um teste de efeitos do tipo *Calder* para a jurisdição da Internet.” [notas de rodapé omitidas] [tradução livre do original em inglês]; e BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estaduais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 9. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qjBbzV](http://bit.ly/2qjBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023: “Apesar do caso *Calder* se referir a uma publicação impressa, ele possui relevantes implicações para a jurisdição dos conflitos de internet.”

57 BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estaduais e Litígios de Internet**. Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Belo Horizonte, 2018, p. 9. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qjBbzV](http://bit.ly/2qjBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023.

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1. 168. 547-RJ**. Para um detalhamento sobre tal precedente, ver RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direito Internacional Privado**. Saraiva Educação. São Paulo: 2018. p. 213-214.

59 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível 0003778-77. 2015. 8. 16. 0083. Cleverson Vitorelli and Walcir Vitorelli v Agrofértil**. DJE 27. 06. 2019

plexidade da questão, afirmando expressamente que “[o] envio de e-mails ocorre em ambiente virtual, razão pela qual a territorialidade como critério de definição do local do ato fica prejudicada”⁶⁰. Corroborando o entendimento sustentado no REsp 1.168.547-RJ, deu-se prevalência ao local onde os danos oriundos da violação teriam sido sentidos com maior intensidade, levando-se em conta o local de acesso à informação e o local onde o ato ilícito provocou maiores efeitos negativos.⁶¹ A partir desse racional, a corte de apelação reverteu a decisão em primeira instância e determinou a existência de jurisdição nacional:

Quando se trata dos efeitos do ato ilícito, não se está tratando dos desdobramentos não imputáveis ao autor como, no caso examinado, a negativa de contratação por outras empresas do ramo, mas propriamente dos resultados da conduta praticada em ambiente virtual, que reverberam e repercutem no contexto social da vítima e afetam negativamente sua honra e imagem diante dos potenciais contratantes para quem poderia prestar serviços de carregamento e frete de produtos. Nesta linha, ato imputado à ré se deu, também, em território brasileiro, o que autoriza a jurisdição brasileira a dirimir a controvérsia e apreciar seu mérito.⁶²

Apesar de o TJPR ter notadamente reconhecido a dificuldade de se utilizar um critério territorial para deliberar um caso de origem virtual, pode-se dizer que, ao fim e ao cabo, manteve-se um esforço localizador, eis que averiguar o *local* onde os danos foram sentidos mais intensamente requer também encontrar um território, cujos parâmetros consolidados pelo direito, territorialistas por natureza, não servem e/ou não se adequam.

A partir dos exemplos dados nos parágrafos anteriores, tornar-se perceptível que, a despeito dos esforços de se encontrar alternativas para lidar com as idiosincrasias e especificidades da Internet, permanece, na maioria dos casos⁶³, a lógica moderna de se encontrar a sede da relação jurídica através do que se deu a denominar tradicionalmente de *local*. Ainda que, alinhada à proximidade – o que é um fator extremamente positivo – a tarefa de situar “fisicamente” elementos ocorridos numa esfera difusa parece não coadunar com as necessidades que surgem deste complexo contexto.

Veja-se, por exemplo, o impacto de uma parte utilizar-se do local do dano para ajuizar uma ação em um Estado-Membro da União Europeia. Hoje, tal opção autorizará que somente os danos causados naquele território sejam objeto da ação, impedindo a vítima de pleitear, num só processo, a totalidade dos danos que entende devidos⁶⁴, ainda que tais danos – justamente porque advindos de um ato virtual – sejam perpetrados em uma multiplicidade de lugares simultaneamente. À vítima, restam, então, duas possibilidades. Pode valer-se de outros

60 *Ibidem*, p. 3.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*, p. 3.

63 Exceção talvez pudesse ser alegada quanto ao caso *Zippo* e a escala de interatividade.

64 Vide nota 40.

elementos de conexão admitidos (tais como o centro de interesses ou o lugar do estabelecimento de quem emitiu a informação danosa) ou, quando estes não forem determináveis – hipótese plausível num contexto virtual –, ajuizar a ação em todos os lugares onde os danos foram produzidos, hipótese que, indubitavelmente, pode ser inibitória ao acesso efetivo à justiça.

De forma geral, sobretudo considerando que, como visto, a teoria dos efeitos e o local dos danos possuem ainda grande repercussão nas ordens jurídicas internacionais, o que se questiona é: se o dano pode ser produzido em uma infinidade de locais, como cobrar que a parte violada determine estes lugares e os acione para a reparação dos danos que nem sempre podem ser pleiteados em totalidade (como no caso da União Europeia)? A vítima estaria, assim, numa intricada posição, tendo de imprimir esforços hercúleos para pleitear a reparação de danos oriundos de um ato ilícito que não cometeu. Consequentemente, por conta das particularidades da Internet, ao exigir o uso de ferramentas próprias da modernidade, praticamente pune-se a vítima que busca por justiça.

Não se está argumentando, em absoluto, que nos casos virtuais, os atores legais devem abandonar por completo conceitos próprios de DIPr, sobretudo a sede da relação jurídica ou o princípio da proximidade. Estes devem seguir na linha de frente do raciocínio determinador da jurisdição, eis que indispensáveis ao acesso efetivo à justiça (ver item ii. supra). O que se sustenta, no entanto, é um repensar e uma releitura de tais conceitos de modo a fazer jus às demandas próprias da contemporaneidade hoje tão alterada pelas tecnologias de informação e meios virtuais de comunicação.⁶⁵ As mesmas ferramentas relidas à luz da contemporaneidade, emolduradas pela proteção internacional dos Direitos Humanos, visando a real reparação de danos num mundo economicamente marcado pelo capitalismo; ou seja, que a reparação econômica seja efetivamente realizada, como instrumento de inibição de práticas ilícitas.

De tal sorte que, se o objetivo primário de uma ação oriunda de um ato ilícito ocorrido na Internet é obter a reparação dos danos decorrentes, parece plausível que o repensar da sede da relação, nesse novo contexto, esteja intrinsecamente ligado à reparação do dano propriamente dita. Ou seja, ao invés de se buscar onde exatamente o dano foi causado (o que pode não ser possível ou ocorrer em vários lugares ao mesmo tempo, ainda que a vítima não tenha domicílio,

65 Em sentido similar, são válidas as considerações de Bruno Biazatti e Pedro Vilela: “Enfrentar questões relativas à jurisdição na internet envolverá uma resignificação de conceitos antes pacíficos, como os de comunidade, território, soberania, fronteira e estatalidade. Embora esses elementos continuem existindo na sociedade da informação, eles sofrem mitigações. O Direito deve renunciar a uma posição de negligência e acompanhar essas mudanças; com isso, tem condições de compreender os conceitos e narrativas de forma social e politicamente contextualizadas.”, BIAZATTI, Bruno; VILELA, Pedro. **Jurisdição e internet: Competência Internacional dos Tribunais Estatais e Litígios de Internet. Instituto de Referência em Internet e Sociedade**. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: [http:// bit. ly/ 2qJBbzV](http://bit.ly/2qJBbzV). Último acesso em 21. 01. 2023.

residência, atividades comerciais em alguns desses locais), focar-se-ia no foro que melhor tem condições de reparar os danos em sua totalidade; a sede ou local de conexão substantiva com a jurisdição seria àquela cuja ordem jurídica melhor e mais substantivamente assiste à vítima de danos, garantindo-lhe assim acesso à justiça no seu sentido mais amplo de forma integral – o que, repita-se, por ênfase, reputa-se nesta pesquisa como as reparações individual e coletiva, bem como o desestímulo à recorrência do ilícito.

Assim a proximidade estaria vinculada à efetiva reparação e não ao território já que no âmbito virtual é impossível demarcar e delimitar fronteiras no sentido tradicional do DIPú. Com isso, a razão jurídica passaria do território para a efetivação dos direitos humanos, eixo central da governança global. Veja-se então que o esforço de “encontrar a sede da relação jurídica” não muda. O que muda é o conceito de “sede” que deve ajustar-se ao contexto do ciberespaço e do sistema econômico que caracterizam a realidade atual.

4. A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES COM AS LENTES DE *O ALEPH*

Jorge Luis Borges, o gênio escritor do século XX, inaugurou, com seus textos, um gênero literário diverso das grandes novelas na América Latina: os contos. Sua literatura é considerada de ficção e o conto *O Aleph*, indicado no título deste tópico, é retirado do Livro que leva o mesmo nome, publicado em 1949. Nesta peça, Borges teve um encontro com um infinito – sua obsessão para os que conhecem sua literatura – o qual foi denominado de Aleph, uma reminiscência à primeira letra do alfabeto sagrado e que, ainda, para a Cabala, significava “o que é ilimitado”. A descrição deste encontro rende muitas pistas de como poderíamos pensar o ambiente virtual a partir do Aleph.

O primeiro desafio do escritor quando se encontra com o Aleph é como descrevê-lo, pois

...empieza aquí, mi desesperación de escritor. Todo lenguaje es un alfabeto de símbolos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten; ¿como transmitir a los otros el infinito Aleph, que mi temerosa memoria apenas abarca? ... En este instante gigantesco, he visto millones de actos deleitables o atroces; ninguno me asombró como el hecho de que todos ocupan el mismo punto, sin superposición y sin transparencia. Lo que vieron mis ojos fue simultáneo: lo que transcribiré, sucesivo, porque el lenguaje lo es.⁶⁶

No momento descrito acima parece que, na “ficção” Borgiana, se viu um ambiente virtual. O lugar de tudo simultâneo e de todos. Um lugar infinito. Por isso tão difícil de ser domesticado e racionalizado com a lógica da modernidade.

66 Dado o contexto em que a presente pesquisa se deu, todas as citações em idiomas estrangeiros utilizadas ao longo do texto foram traduzidas para o português à exceção tão somente de trechos de *O Aleph*. Assim foi feito para que seu sentido original fosse mantido sem qualquer sorte de distorção dada a inspiração direta que referido conto representa para este artigo.

Nossa linguagem está eivada da tradição do mundo físico. Um mundo em que as coisas são experimentadas de forma sucessiva, tal qual a linguagem dá conta de contar. O ambiente virtual não. Ele existe.

Disso é possível extrair que na realidade não há dois mundos: um real e um virtual. Há *um* mundo, que está composto por ambientes diversos: físico e virtual. E ambos são igualmente reais, palco de situações e relações também reais ainda que se realizem por vias distintas. No célebre conto, o Aleph é descrito como “... *uno de los puntos del espacio que contienen todos los puntos*”.⁶⁷ Assim como o mundo virtual.

Usando tais lentes, como indica a metodologia título deste tópico, parece possível pensar-se no ambiente virtual como um local em si. Um lugar, uma sede, que é tão real quanto a física. Um lugar impossível de demarcação como o são os territórios físicos, mas de possível controle jurídico a partir do reconhecimento de sua realidade mesma; portanto, como sendo um local em si em que todas as gentes se interconectam, sob o manto da proteção “legal” dos Direitos Humanos.

Desta forma, qualquer interpretação jurídica, já seja do direito material ou direito processual, não poderia estar livre do reconhecimento e observância da internet como um local único, cujo monitoramento deveria ser compartilhado por todos os Estados e Autoridades – já que o ambiente perpassa por todos. Se o ciberespaço é um local em si, a tradicional solução de valer-se do local do dano para determinar a jurisdição é novamente desafiada e fadada ao insucesso. Assim que, em caso de que as atividades decorrentes deste ambiente tenham transcendência jurídica e demandem a atuação de autoridades jurídicas estatais, a jurisdição adequada deveria ser aquela mais preparada para julgar e, se o caso, condenar os atos ilícitos, de forma a garantir, economicamente, uma reparação real para a vítima; de forma, ademais, integral e não fragmentada. A proximidade que legitimaria, então, a jurisdição para os casos de origem virtual, longe de ser territorial ou localizadora (eis que inadequada para o cenário), seria repensada para a jurisdição que apresentar a efetiva reparação integral.

Tal solução desprezaria as encontradas por Europa e Estados Unidos, anteriormente narradas, de forma a pensar e a apresentar outra, mais adequada ao pensamento decolonial⁶⁸ e a partir dos interesses do sul global. Isso porque, como é sabido de forma estendida, nos territórios dos Estados em vias de desenvolvi-

67 BORGES, Jorge Luis. **El Aleph**. Alianza Editorial. Espanha: 2003, p. 187.

68 Segundo Rincón, Oriana; Millán, Keila; Rincón, Omar: “O projeto decolonial abra uma nova forma de pensar, converte-se em uma nova episteme que supera as cronologias, a racionalidade única e a dogmática dos paradigmas próprios do modelo moderno/colonial. Ao contrário, se erige numa perspectiva comprometida com a igualdade global, com a justiça econômica que orienta uma nova forma epistêmica e um novo fazer, desprendido de toda visão eurocêntrica”. RINCÓN, Oriana; MILLÁN, Keila; RINCÓN, Omar. **El asunto decolonial: Conceptos y debates**. In Perspectivas. Revista de historia, geografía, arte y cultura. Año 3 N° 5/ Enero-Junio 2015, p. 81. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Venezuela/ceshc- unernb/20170219052712/RPS45.pdf>. Último acesso em 17. 02. 2023. (tradução livre do original em espanhol).

mento ou terceiro mundistas⁶⁹, o sistema de justiça e as leis, nem sempre vão ao encontro da proteção dos Direitos Humanos. Em não raras ocasiões, e o mundo é farto em exemplos, as leis e os tribunais, pressionados por poderes políticos nem sempre amigáveis à cidadania, permitem a aplicação de um direito, no fundo e na forma, que não sempre protege de forma efetiva a vítima de danos.

Neste particular o caso brasileiro é eloquente, v.g. a teoria do enriquecimento ilícito⁷⁰ que impede a vítima de receber quantias econômicas efetivamente reparadoras, pois há uma compreensão, absolutamente desconexa da Constituição Federal, a qual determina como pilares da construção e manutenção da Sociedade brasileira a liberdade, a justiça e a fraternidade. Como seria possível construir uma sociedade livre, justa e fraterna a partir da concepção de que a vítima, ao ser indenizada, não pode “enriquecer” pois isso seria “ilícito”? Ilícito não deveria ser um comportamento lesivo e consciente?⁷¹

Localizar a sede de uma relação jurídica no ambiente virtual, a partir deste olhar e desta lente, passaria por encontrar as leis e os tribunais do mundo, mais proclives à reparação de danos, em caso de ato ilícito comprovado na internet. A internet seria um lugar em si e todos os tribunais, em cooperação para a proteção dos Direitos Humanos, delimitariam ou aceitariam a jurisdição, ao amparo de uma reparação efetiva. A vítima e o infrator cuja relação virtual é necessariamente transnacional, se veriam monitorados e poderiam ser judicializados, pensando que os tribunais estatais estão dispostos de forma cooperacional e horizontalizados, na corte e sob normas mais proclives à reparação econômica – proximidade⁷² com o melhor resultado ou o mais eficiente –, como ferramenta jurídica essencial tanto para a punição de atos ilícitos quanto para seu desestímulo. Tomando isso como norte, ainda que num determinado caso o Brasil apresentasse *a priori* – pela técnica jurídica tradicional – jurisdição concorrente, o fato de a teoria do enriquecimento ilícito poder frustrar a reparação integral dos danos afastaria a jurisdição à luz da proximidade repensada para o contexto virtual.

69 Para ampliar sobre o tema, ver: BADIN, Michelle Raton Sanchez; MOROSINI, Fábio Costa; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. **Direito Internacional: leituras críticas**. Almedina. São Paulo: 2019.

70 Como afirmou Soares, a teoria do enriquecimento ilícito é “... a demonstração de que há um grande equívoco na fixação das indenizações por danos morais no Brasil, além da confusão das grandezas de importância e relatividade. O que poderia se caracterizar como uma falácia, ainda que não totalmente consciente, é o julgador construir uma sentença sofismada ao focar no cálculo indenizatório valores que conceitualmente são ‘estranhos’ ao espírito reparatório do dano e ao caráter exemplar da condenação”. SOARES, Joaquim Rafael Lima do Couto. **A reparação por dano moral no Brasil: um paradigma conceitualmente equivocado em desfavor dos direitos fundamentais**. In Revista Data Venia: aspectos atuais do Direito da sociedade. Vol. 10. 2022, p. 53. Disponível em: <https://revista.uepb.edu.br/Datavenia/article/view/1366/1107>. Último acesso em 16. 02. 2023.

71 Na esteira dos litígios estratégicos – litigância climática - por reparação em caso de danos ambientais, que estão sendo financiados por fundos ESG, como desestímulo à violação ao meio ambiente. É o caso do processo em curso no Reino Unido, a cargo do Escritório de Advocacia PGMBM que recebeu £100 milhões para patrocinar os interesses de afetados pelo rompimento das barragens de Mariana, somente de um dos fundos ESG (North Wall Capital). Consultar site oficial do escritório, que agora mudou de nome para Pogusth Goodhead, disponível em: <https://pogusthgoodhead.com/pt-br/escritorio-global-de-advocacia-anuncia-expansao-e-mudanca-de-nome/>, último acesso em 10. 02. 2023.

72 Sobre a proximidade na literature jurídica nacional se indica o recente trabalho de JORGE, Mariana Sebalhos. **O princípio da proximidade no Direito Internacional Privado à luz dos Direitos Humanos**. Arraes. Belo Horizonte: 2022.

5. ENSAIANDO UMA CONCLUSÃO

Depois das reflexões anteriores, fica evidente que a temática que linka direito e ambiente virtual não é fácil. Se não é fácil para o direito no geral, menos ainda para o DIPr, que secularmente teve uma função localizadora, em todas as suas dimensões e agora se vê num “espaço” virtual, que não aparenta as características própria de um território físico que pode ser demarcado.

Tais observações apenas ressaltam que o Direito, como sabido à saciedade, sempre teve um componente territorial avassalador que, na modernidade, serviu para consolidar o Estado-Nação.

Para amplificar o desafio se fez um recorte específico: danos reparáveis concretizados no espaço virtual. Isso permitiu que a pesquisa levantasse as principais questões jurídicas que o jusinternacionalista enfrenta na realidade, à luz do acesso à justiça, que não pode, sob nenhum ângulo, ser lido o interpretado de forma alheia à proteção dos direitos humanos.

Considerando as premissas e as hipóteses manejadas, se conclui que o espaço virtual é um lugar em si. Um lugar que não tem território específico e que por isso não pode ser demarcado. Que as relações jurídicas realizadas no ambiente virtual, com transcendência jurídica, precisam ser “localizadas” com o auxílio do DIPr e suas ferramentas, desde que relidas à luz de um novo tempo e um novo espaço. É certo que a tentativa de usar ferramentas da modernidade, interpretadas como se fez sempre, não poderá levar a um resultado aceitável e, menos ainda justo, no sentido jurídico atual – considerando Justiça como sendo a observância dos direitos humanos.

Seguir nesta esteira é tarefa desnecessária pois tenta fazer caber o Direito num espaço que não o acomoda.

De tal sorte que, a proposta de reflexão como um ensaio de conclusão deste trabalho é que o mundo físico e o mundo virtual sejam considerados mundos reais. Que no mundo físico as ferramentas jurídicas consolidadas do DIPr sigam fazendo o próprio; e que no mundo virtual a cooperação, interdependência e pluralismos, quando demande localização, tenham como peso e medida a proteção das vítimas, tanto no tocante à busca do direito aplicável quanto da jurisdição adequada – próxima – para dar resposta jurídica.

Assim que a proximidade seguiria sendo a premissa mais importante para localizar a jurisdição “competente”, mas com conteúdo diverso: 1. No mundo físico a proximidade estará atrelada também, não só, à territorialidade; 2. No mundo virtual a proximidade estará atrelada à efetividade da reparação das vítimas, pelo menos no caso de reparação de danos ocorrido no ambiente virtual.

Tal proposta é ofertada para abrir um debate – e não como conclusão no sentido puro –, a fim de que o Direito possa perseguir caminhos reais e não fictícios; vício desta ciência, sobretudo na modernidade.

PROBLEMAS DE APLICACIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL DE LAS NORMAS EUROPEAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

CARMEN VAQUERO LÓPEZ¹

1. INTRODUCCIÓN: NUEVAS TECNOLOGÍAS Y ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA EN EL SISTEMA EUROPEO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La transformación de nuestra sociedad como consecuencia de las nuevas tecnologías afecta particularmente a la aplicación de las normas establecidas por el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, “Bruselas I bis” (en adelante, RBIbis)². En efecto, la localización de los fueros de competencia utilizados por el legislador europeo en este Instrumento puede resultar particularmente difícil en un entorno digital, pues dichos fueros están básicamente articulados a partir de criterios de carácter territorial. Esta circunstancia puede comprometer, en la práctica, el derecho a la tutela judicial internacional, reconocido expresamente por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que el legislador europeo trata de garantizar favoreciendo el acceso a un tribunal próximo al litigio y previsible para las partes.

En estas páginas nos centraremos en el estudio de las disposiciones del RBIbis por las que se determina el tribunal internacionalmente competente para conocer de los litigios que se plantean en dos de los principales ámbitos del Derecho privado afectados por los nuevos paradigmas de la era digital: los contratos de comercialización de productos o de prestación de servicios en línea, y los ilícitos civiles en Internet. En ambos casos, la deslocalización territorial de los participantes incrementa las dificultades de determinación del tribunal internacionalmente competente, y puede condicionar, vulnerándolo, el acceso transnacional a la justicia de los operadores económicos. Es necesario, por lo tanto, llevar a cabo

1 Profesora de Derecho internacional privado. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid.

2 DOUE L 351 de 20 de diciembre de 2012.

una adaptación de las normas vigentes al nuevo entorno digital, del que el RBIbis solamente se hace eco de forma expresa en su artículo 25.2, para determinar la validez formal de las cláusulas de elección de tribunal, o al que implícitamente se refiere en su artículo 17.1.c), cuando delimita el ámbito de aplicación material de los foros de competencia en materia de contratos de consumidores mediante el recurso al criterio de las “actividades dirigidas por cualquier medio al Estado miembro del domicilio del consumidor”.

2. LA LOCALIZACIÓN DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO EN EL ESPACIO VIRTUAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 4 RBIbis, los tribunales del domicilio del demandado serán internacionalmente competentes, con carácter general y en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes, para conocer de los litigios que se planteen ante los tribunales de los Estados miembros UE en materia contractual y extracontractual. Este foro (natural) no solo responde a razones de equidad procesal entre las partes, compensando al demandado por la facultad que tiene el demandante de elegir el momento en el que interponer su demanda, sino que también se justifica por un principio de economía procesal, que “potencia, fomenta y refuerza las relaciones jurídicas internacionales”³, en la medida en que permite reducir los costes de notificación, instrucción o ejecución de la futura decisión del tribunal que conozca del asunto⁴.

Sin embargo, en un entorno digital como el que nos ocupa, la eficacia de este foro general puede verse comprometida, pues los criterios utilizados por el legislador europeo para determinar el domicilio del demandado tienen un carácter estrictamente territorial, que no se compadece con un espacio, por definición, absolutamente deslocalizado (*cf.* arts. 62 y 63 RBIbis). En efecto, las características de los contratos celebrados y los servicios prestados en la Red, así como las de los ilícitos cometidos en Internet, pueden dificultar, o incluso hacer imposible, la localización del domicilio del demandado, obstaculizando el desarrollo del proceso y, en consecuencia, comprometiendo el derecho a la tutela judicial internacional. Precisamente, para evitar esta desprotección, y con la finalidad de afrontar los nuevos retos que plantea el entorno digital desde una perspectiva internacionalprivatista como la que adoptamos en estas páginas, se ha propuesto la consideración de nuevos criterios de conexión adaptados a las características de este entorno. En este sentido, se ha apuntado la posibilidad de incorporar la

3 Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I bis-1215/ 2012’. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei”, *CDT*, vil. 11, nº 1, 2019, p. 113.

4 Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007, pp. 122 y 123.

“residencia digital”, prescindiendo de la residencia física y de la nacionalidad de las personas, como criterio de conexión válido para vincular a una persona con un Estado, y derivar de esa conexión la competencia judicial internacional de un concreto tribunal⁵.

Ahora bien, por el momento, el legislador europeo no ha revisado su tradicional foro general de competencia, por lo que es necesaria una adaptación de este criterio a la sociedad digital, que permita localizar el domicilio del demandado en el Ciberespacio. A estos efectos puede tomarse en consideración la decisión del TJUE en el asunto *Hypotéční banka c. Lindner*, en la que el Alto Tribunal reconoce la posibilidad de utilizar el “último domicilio conocido del demandado” como foro general de competencia en el sentido del artículo 4 RBIBis⁶. En la misma línea, en su sentencia *G./Cornelius de Visser*, el TJUE permite recurrir a los foros especiales que se contienen en los artículos 7 y siguientes RBIBis cuando el paradero del demandado sea desconocido y no existan indicios probatorios que permitan al tribunal llegar a la conclusión de que está efectivamente domiciliado fuera de la UE⁷. Esta interpretación del artículo 4 RBIBis resulta de gran utilidad, particularmente en materia de responsabilidad extracontractual por ilícitos cometidos en Internet, en la medida en que permite a la víctima interponer su demanda ante los tribunales del Estado miembro UE donde se localiza su centro de intereses, al amparo del foro especial del artículo 7.2 RBIBis. Aún más, se ha señalado que esta doctrina del TJUE podría invocarse para hacer posible la competencia de los tribunales de los Estados miembros UE en aquellas situaciones en las que se desconoce el domicilio de una persona, incluso si existen indicios probatorios de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE, cuando el ordenamiento del tribunal ante el que se plantea la demanda no prevea ningún foro competencia que le permita conocer del asunto, y se coloque al demandante en clara situación de indefensión, comprometiendo su derecho (fundamental) de acceso a la justicia. En estos casos, al amparo de la decisión del TJUE en el asunto *G./Cornelius de Visser* antes referido, los tribunales europeos podrían asumir una competencia de la que en principio carecen, siempre que el litigio tenga suficientes vínculos de contacto con el foro (*forum necessitatis*)⁸.

5 Vid. M. P. DIAGO DIAGO, “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *Diario La Ley*, nº 8432, 2014.

6 STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Hypotéční banka c. Lindner*, C-327/10.

7 STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *G. / Cornelius de Visser*, C-292/10.

8 Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Infracción de derechos y demandas frente a responsables de sitios de Internet cuyo domicilio se desconoce”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2012/03/infraccion-de-derechos-y-demandas.html>. Ampliamente, sobre la flexibilización de los sistemas de competencia judicial internacional para evitar situaciones de denegación de justicia, y sobre el contenido y alcance del *forum necessitatis*, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*”, V. ROJAS AMANDI (Coord.), *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado: Libro homenaje al Dr. Leonel Pérezniño Castro*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 229-286.

En cualquier caso, pese a su carácter territorial, la doctrina española más autorizada ha reconocido la virtualidad del foro del domicilio del demandado del artículo 4 RBIbis también en el entorno digital. Por un lado, porque se trata de un criterio que no requiere la concurrencia de ninguna conexión adicional entre el tribunal internacionalmente competente y el territorio del Estado donde tiene su domicilio el demandado, por lo que este foro resulta generalmente aplicable respecto de cualquier litigio en materia contractual y extracontractual⁹. Por otro lado, porque este foro general atribuye competencia a un tribunal respecto de las actividades realizadas por el demandado a través de cualquier medio y en cualquier lugar, lo cual facilita la concentración ante un único tribunal de las demandas interpuestas frente a una persona en relación con sus conductas en la Red que tengan repercusión en más de un país. A su vez, la ausencia de limitación espacial de la competencia establecida por este foro general puede resultar especialmente eficaz en el Ciberespacio, en tanto que puede ser determinante para la adopción de medidas con eventual repercusión global (*ad ex.*, los mandamientos de retirada de información de Internet)¹⁰.

Interesante resulta también, en el ámbito que nos ocupa, la posibilidad reconocida al demandante, por el artículo 8.1 RBIbis, de interponer su demanda frente a varios demandados ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas guarden entre sí un grado de conexión que justifique el interés por que sean juzgadas en un solo proceso. Efectivamente, este precepto atribuye competencia a un tribunal sin limitación espacial, permitiendo dar una respuesta adecuada, en términos de economía procesal, en aquellos supuestos, típicos del Ciberespacio, en los que participan varios prestadores de servicios de intermediación, de los que se pretende exigir responsabilidad.

3. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE TRIBUNAL Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

En el sistema establecido por el RBIbis, cuando no existe una competencia exclusiva de un Estado miembro UE (*ex art.* 24 RBIbis), las partes del litigio pueden prorrogar la competencia de los tribunales de un determinado Estado UE, tanto expresa como tácitamente, a través un acuerdo de elección de tribunal, según la fórmula del artículo 25 RBIbis, o mediante la comparecencia voluntaria del demandado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 RBIbis, cuya aplicación en los supuestos que nos ocupan no presenta ninguna peculiaridad.

9 También sobre el carácter tecnológicamente neutro del foro del domicilio del demandado, y sobre su adaptación al entorno virtual, *vid.* G. PALAO MORENO, "Cuestiones de Derecho internacional privado. Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet", J. PLAZA PENADÉS (Coord.), **Cuestiones actuales de derecho y tecnologías de la información y la comunicación (TICS)**, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 282-283. Desde otro punto de vista, sobre los costes que conlleva la aplicación de este foro en el Ciberespacio, *vid.* Vid. A. -L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, **Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet**, Madrid, Colex, 2001.

10 *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, **Derecho privado de Internet**, 6ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 263.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, la ausencia de una relación jurídica preexistente entre las partes hace que la sumisión expresa sea poco habitual. Sin embargo, en el ámbito de los contratos internacionales es muy frecuente la inclusión de una cláusula de sumisión que determine los tribunales internacionalmente competentes para conocer de los eventuales litigios que surjan entre las partes. El régimen generalmente aplicable a estos acuerdos atributivos de competencia viene determinado, como hemos indicado, por lo dispuesto en el artículo 25 RBIBis, cuyo apartado 1.c) contiene una referencia expresa al entorno digital, cuando considera hecha por escrito “toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”. Esta equivalencia funcional entre las dos formas de manifestar la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del tribunal competente obedece al interés del legislador europeo por atender a las necesidades derivadas del desarrollo del comercio electrónico, y se condice con otras disposiciones de alcance supranacional, como los artículos 1.10 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales, 1:303 PECL, I-1:109 DCFR, ó 10 CESL.

El TJUE se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 25.1.c) RBIBis en su sentencia *El Majdoub*, en la que se planteaba una cuestión prejudicial sobre la validez formal de las cláusulas de elección de tribunal contenidas en las condiciones generales que, en los contratos electrónicos, se aceptan a través de la práctica de *click wrapping*. En su decisión, el Tribunal de Luxemburgo señaló que el precepto de referencia está destinado a simplificar la celebración de contratos por medios electrónicos mediante la asimilación de determinadas modalidades de transmisión electrónica a la forma escrita; a tales efectos, para que la transmisión electrónica pueda ofrecer garantías equivalentes a la forma escrita en materia de prueba, el Alto Tribunal indica que es suficiente con que exista la posibilidad de guardar e imprimir la información transmitida electrónicamente antes de celebrar el contrato, tal y como sucede cuando la contratación se formaliza a través del intercambio de mensajes de correo electrónico, o mediante el contacto interactivo con una página web, aun cuando ese texto no se abra de manera automática al registrarse en la misma¹¹. Por lo tanto, en muchos supuestos, la validez de las cláusulas de sumisión contenidas en las condiciones generales del contrato y aceptadas mediante *click wrapping* no dependerá de la consideración como escrito de la transmisión [arts. 25.1.a) y 25.2 RBIBis], sino de su adecuación a los usos [(art. 25.1, letras b) y c) RBIBis] y de su carácter no abusivo¹².

11 STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-322/14, *El Majdoub*.

12 *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11 Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 84.

Por otra parte, la operatividad de estas cláusulas dependerá de si el contrato en el que las mismas se incluyen puede calificarse como contrato de consumo en el sentido del artículo 17.1 RBIbis; en este caso, la eficacia de la cláusula está condicionada por el cumplimiento de los requisitos materiales exigidos por el artículo 19 RBIbis, que limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del tribunal internacionalmente competente a los acuerdos de elección de tribunal celebrados con posterioridad al nacimiento del litigio, o a aquellos adoptados en cualquier momento si incrementan las posibilidades de acción del consumidor demandante¹³. En otro caso, cuando no sean de aplicación los foros imperativos de los artículos 17 y siguientes RBIbis, la validez de la cláusula de prorrogación de la competencia estará condicionada por el régimen establecido por la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹⁴.

4. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN LÍNEA Y PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS FOROS DE COMPETENCIA ESPECIALES

Los artículos 7 y a 23 RBIbis contienen los foros especiales por razón de la materia aplicables, en materia civil y mercantil, en defecto de competencias exclusivas o de sumisión por las partes a los tribunales de un Estado miembro UE. En su virtud, el demandante puede ejercitar su acción, alternativamente, ante los tribunales del domicilio del demandado, o ante los tribunales que designan las normas de competencia judicial internacional que se contienen en dichos preceptos. En materia contractual, estos foros de ataque se basan en un estricto criterio de proximidad (art. 7.1 RBIbis), que se sacrifica en favor de un principio (imperativo) de protección de la parte más débil de la relación contractual, lo que particularmente sucede en materia de seguros (arts. 10 a 16 RBIbis), contratos celebrados por los consumidores (arts. 17 a 19 RBIbis) y contratos individuales de trabajo (arts. 20 a 23 RBIbis).

En los siguientes apartados nos detendremos en dos de los principales problemas que plantea la aplicación de estos preceptos en los litigios derivados de una contratación internacional en línea: por un lado, la localización del lugar de ejecución del contrato a los efectos de aplicación del foro especial en materia contractual del artículo 7.1 RBIbis y, por otro lado, la delimitación del ámbito

13 Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Cláusula de sumisión en contratos electrónicos: eficacia del 'click wrapping'" (Comentario a la STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-322/14, **Laouad El Majdoub y CarsonTheWeb GmbH**), *La Ley Unión Europea*, nº 28, 2015.

14 DOCE L 95 de 21 de abril de 1993. Véase, a este respecto, la STJUE de 18 de noviembre de 2020, asunto C-519/19, **DelayFix**. Ampliamente, sobre las consecuencias de la calificación del contrato como contrato de consumo, y sobre la eficacia de las condiciones generales de contratación en las plataformas digitales, *vid.* C. I. CORDERO ÁLVAREZ, "Plataformas digitales: nuevos retos conceptuales para el Derecho internacional privado europeo de consumo", J. J. CASTELLÓ PASTOR (Dir.), **Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales**, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 98-105.

de aplicación material de los foros de protección del consumidor mediante el criterio de “las actividades dirigidas por cualquier medio al Estado del domicilio del consumidor”, utilizado por el artículo 17.1.c) RBIBis.

En ambos casos es necesario partir de la consideración de que estos foros especiales constituyen una excepción al foro general del domicilio del demandado, y deben ser interpretados restrictivamente, en aras de garantizar los objetivos de previsibilidad y seguridad jurídica que informan el sistema establecido por el RBIBis, de manera que una persona normalmente informada pueda prever razonablemente cuál es el tribunal, distinto al de su domicilio, ante el que puede ser demandada.

4.1. LA LOCALIZACIÓN DEL LUGAR DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El apartado a) del artículo 7.1 RBIBis atribuye competencia, en materia contractual, a los tribunales del lugar donde deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda; cuando se trata de contratos de compraventa de mercancías y de contratos de prestación de servicios, el apartado b) de dicho precepto localiza este lugar de ejecución allí donde, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercancías, o prestado el servicio, respectivamente.

El artículo 7.1 RBIBis no contiene ninguna especificidad relativa a la contratación en línea, por lo que su aplicación en el entorno virtual puede plantear importantes problemas, que comprometen el derecho de acceso transnacional al tribunal, universalmente reconocido. De nuevo la jurisprudencia del TJUE sobre el significado y alcance de las normas vigentes puede ayudar a adaptar los foros territoriales previstos por el legislador europeo en materia contractual a las necesidades del mundo digital.

Así, para determinar el lugar de ejecución de un contrato en línea puede tomarse en consideración la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia *Car Trim*, referida a una compraventa por correspondencia¹⁵; según el Alto Tribunal, cuando el lugar de ejecución del contrato no se desprenda de su clausulado, a los efectos de aplicación del foro especial del artículo 7.1 RBIBis, deberá considerarse el lugar en el que las mercancías hubieren sido o debieren ser entregadas materialmente al comprador en su destino final, con exclusión de cualquier otro, incluido el lugar de entrega de la mercancía al primer transportista para su transmisión al comprador.

Por su parte, si se trata de un contrato de prestación de servicios que haya de ejecutarse en más de un Estado, tal y como generalmente sucede en las presta-

15 STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-318/08, *Car Trim*.

ciones de servicios en línea, deberá tenerse en cuenta el lugar donde deba llevarse a cabo la prestación principal del contrato, que deberá determinarse en función de criterios económicos, según doctrina sentada por el TJUE en su sentencia *Color Drack*¹⁶. En todo caso, debe tenerse en cuenta que las obligaciones de quien presta servicios a través de Internet son, normalmente, obligaciones “de puesta a disposición” o “de remisión”, limitándose el prestador del servicio a hacer posible que el cliente pueda acceder al sistema en el que se almacena la información requerida, y consultarla, u obtener una copia, mediante la transmisión a la memoria de su ordenador. Esta circunstancia lleva, en principio, a localizar el lugar de ejecución de estas obligaciones, allí donde se pone a disposición o se emite la información, es decir, en el lugar donde se encuentran físicamente los recursos utilizados por el prestador del servicio. Sin embargo, en la práctica, la ubicación de estos recursos informáticos puede resultar aleatoria, y ser desconocida e imprevisible para el prestatario del servicio, pues puede no coincidir ni con el establecimiento de quien controla dichos recursos, ni con el lugar donde se gestionan los servicios que se ofrecen, siendo además muy sencillo su desplazamiento de un país a otro por medio del cambio del servidor utilizado.

Estas circunstancias comprometen las exigencias de previsibilidad y de respeto a las expectativas de la contraparte que tratan de salvaguardar las disposiciones del RBÍbis, por lo que se ha sugerido considerar otras soluciones para localizar el lugar de ejecución de una prestación de servicios *on line*, como la establecida por el artículo 15.4 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico. Este precepto opta por determinar dicho lugar de prestación a partir del establecimiento del prestador del servicio, una conexión respetuosa con el principio de proximidad, y que además ofrece un mayor grado de previsibilidad que la residencia o el lugar donde se encuentre el destinatario de los servicios. Por otra parte, la localización del lugar de ejecución del contrato allí donde tiene su establecimiento el prestador del servicio se corresponde con la obligación, generalmente impuesta en ese lugar, de informar a los destinatarios de los servicios. Es también una solución que se compadece con la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia *Wintersteiger*¹⁷, en la que el Alto Tribunal destacó el carácter cierto e identificable, tanto para el demandante como para el demandado, del lugar de establecimiento del prestador del servicio a los efectos de determinar el tribunal competente *ex* artículo 7.2 RBÍbis. En cualquier caso, considerando que las características de la Red hacen que, en ocasiones, la apariencia acerca del establecimiento del prestador no coincida con el lugar físico en el que se presta el servicio, nuestra mejor doctrina ha sugerido la posibilidad de considerar, incluso,

16 STJCE de 3 de mayo de 2007, asunto C-386/ 05, **Color Drack**.

17 STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-523/ 10, **Wintersteiger**.

la “localización aparente” del establecimiento del prestador en un determinado Estado, garantizando así el derecho de acceso al tribunal de las partes¹⁸.

4.2. FOROS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y ALCANCE DEL CRITERIO DE “LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS POR CUALQUIER MEDIO AL ESTADO DEL DOMICILIO DEL CONSUMIDOR”

Las situaciones en las que un particular adquiere bienes o servicios para su uso personal o familiar sin desplazarse de su entorno doméstico, típicamente realizadas en un entorno digital, requieren una especial tutela desde el punto de vista del Derecho internacional privado, dada la situación de debilidad económica y jurídica en la que se encuentra dicho particular. A esta finalidad responden los foros de protección (imperativos) establecidos por los artículos 17 a 19 RBIbis, a través de los cuales, el legislador europeo limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del tribunal internacionalmente competente, y modula el juego de los foros de competencia judicial en función de la posición procesal del consumidor en el litigio, a quien se le reconoce un *forum actoris* que se deniega al empresario demandante.

La aplicación de este sistema de protección, especial e imperativo, se subordina al cumplimiento de dos requisitos: por un lado, la efectiva celebración de un contrato entre una persona física que adquiere un bien o un servicio para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional (consumidor), y otra persona que actúa en el ejercicio de su actividad comercial o profesional¹⁹; y, por otro lado, la inclusión del contrato en una de las tres categorías siguientes: contrato de venta a plazos de mercaderías; contrato de préstamo a plazos, u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; o cualquier contrato en el que el cocontratante del consumidor ejerza una actividad comercial o profesional en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tal actividad a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, siempre que el contrato esté comprendido en el marco de dicha actividad.

18 Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado* ..., *op. cit.*, p. 1465.

19 En la medida en que el objetivo de las normas de protección contenidas en los artículos 17 a 19 RBIbis es compensar el desequilibrio existente entre el consumidor y su co-contratante, se excluyen de su ámbito de aplicación material, los contratos celebrados entre consumidores que participan en una plataforma, salvo si alguno de los participantes actúa al margen de cualquier actividad profesional. Como guía relevante para determinar si existe un consumidor mercedor de la especial tutela que le brinda el Derecho europeo, *vid.* STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-105/17, **Kamenova**. También sobre esta cuestión, *vid.* B. AÑOVEROS TERRADAS, “Economía colaborativa y normas de Derecho internacional privado europeo de protección del consumidor”, C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), **50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván**, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 209-236. Respecto al momento relevante para apreciar la finalidad del contrato, que puede cambiar en los contratos de larga duración, como sucede habitualmente en el ámbito de Internet, deberá tenerse en cuenta la situación existente en el momento de interposición de la demanda, tal y como se desprende de la STJUE de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, **Schrems**.

Este último supuesto presenta especial interés para el análisis que estamos llevando a cabo, pues la locución “por cualquier medio” incluye la oferta electrónica a través de una página web²⁰, siendo especialmente complejo determinar si el hecho de que esa página sea accesible desde el Estado del domicilio del consumidor debe interpretarse en el sentido de que la empresa proveedora del producto o del servicio dirige su actividad comercial a dicho Estado²¹.

Según declaración conjunta (no publicada) del Consejo y la Comisión de la UE a propósito del (anteriormente vigente) artículo 15.1.c) del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, “Bruselas I”²², el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que los foros de protección en materia de consumidores sean aplicables, puesto que es necesario, además, que dicho sitio invite a la celebración del contrato, y que éste se haya celebrado²³. A estos efectos debe tenerse en cuenta que la aplicación del nuevo artículo 17.1.c) RBIBis no exige que exista una relación causal entre la página web a través de la cual la actividad comercial del profesional se dirige al Estado del domicilio del consumidor, y la celebración del contrato. No obstante, la existencia de dicha relación constituye un indicio de vinculación suficiente del contrato con tal actividad, del que el juez puede deducir que el sitio de Internet desde el que se realiza la oferta se dirige al Estado del domicilio del consumidor, tal y como señaló el TJUE en su sentencia *Emrek*²⁴.

En el mismo sentido, en su sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*, el TJUE manifestó que la mera accesibilidad del sitio web del empresario o profesional no puede considerarse por sí misma suficiente para aplicar el foro de protección del artículo 17.1.c) RBIBis, pues es necesario valorar las circunstancias del caso concreto para apreciar si, efectivamente, las actividades comerciales en causa van dirigidas al Estado miembro UE del domicilio del consumidor. A estos efectos, deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si,

20 Ampliamente, sobre la forma electrónica de contratación, *vid.* A. LARA AGUADO, “Formación del contrato electrónico”, S. SÁNCHEZ LORENZO (Ed.), **Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional**, T. I, 3ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 890-897.

21 *Vid.* C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable”, **CDT**, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 166-167 y 185.

22 DOUE N° L 12 de 16 de enero de 2001.

23 Declaración recogida en el Considerando 24 del Reglamento, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Reglamento “Roma I” (DOUE L 177, de 4 de julio de 2008). A partir de esta Declaración se ha distinguido entre aquellos supuestos en los que la página web es interactiva y la contratación se realiza a través de ella, y aquellos casos en los que la página web es pasiva, limitándose a ofrecer información o publicidad sobre el producto. Solo en el primer caso podría presumirse que el profesional dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor, salvo que se proteja de esta posibilidad limitando expresamente los territorios desde los que se permite contratar (lo cual no es posible a partir del Reglamento sobre geobloqueo, *vid. infra*); sin embargo, en el segundo caso, operaría la presunción contraria, de modo que no cabría interpretar que el empresario dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor, salvo que existan otros elementos que permitan llegar a una conclusión diferente; en este sentido, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, **Estudios sobre consumo**, nº 85, 2008.

24 STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/ 12, **Emrek**.

por su configuración, contenido y actividades de los responsables de su gestión, el sitio web trata de captar clientes o de influir en un determinado mercado²⁵.

En la interpretación del criterio de aplicación del artículo 17.1.c) RBIBis debe también tenerse en cuenta la incidencia de la tecnología que permite restringir el acceso a los contenidos de Internet a usuarios procedentes de una determinada área geográfica. Mediante el uso de estas técnicas puede llegar a ser posible, con un alto grado de fiabilidad para el titular de un sitio web, conocer el país en el que se encuentra ubicado el ordenador desde el que el consumidor trata de acceder a sus contenidos, o contratar sus servicios o productos. De este modo, las empresas pueden utilizar esta tecnología para limitar la comercialización de sus productos o servicios, a través de la web, a uno o varios países. En consecuencia, si una empresa prescinde del uso de estos instrumentos cuando pudiera disponer de ellos en términos razonables, podría considerarse que existe un indicio muy relevante para apreciar que el sitio web de dicha empresa está dirigido al país del domicilio del consumidor que efectivamente ha celebrado el contrato. Así, solo quedarían al margen del ámbito de protección de los foros imperativos del RBIBis aquellos supuestos en los que, de la configuración del sitio web, se desprenda con claridad que no es propósito de su titular comercializar los productos en el Estado del domicilio del consumidor. Dicho en otros términos, el hecho de que las actividades de la empresa a través de su web aparezcan dirigidas al Estado miembro del domicilio del consumidor puede resultar determinante del sometimiento del comerciante a los tribunales de ese Estado²⁶.

Sin embargo, del tenor literal del artículo 1.6 del Reglamento 2018/302 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado²⁷, parece desprenderse una solución totalmente diferente. Señala este precepto que “(e) l presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil. Del cumplimiento del presente Reglamento no se derivará que un comerciante dirige sus actividades al Estado miembro de residencia habitual o domicilio del consumidor en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n° 593/2008 y del artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) n° 1215/2012”. Por consiguiente, entre los factores a tener en cuenta para determinar si un comerciante dirige sus actividades a un Estado miembro UE, no debe influir el hecho de que su sitio

25 Entre estos elementos, el Alto Tribunal incluye “el carácter internacional de la actividad en cuestión –como algunas actividades turísticas–, la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor –por ejemplo «.de»– o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros –como «.com» o «.eu»–, la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio, y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes”; STJUE de 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, **Pammer y Hotel Alpenhof**.

26 *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, **Derecho privado...**, *op. cit.*, pp. 1443-1446.

27 DOUE L 60 de 2 de marzo de 2018.

web o su aplicación estén accesibles, o permitan la adquisición de sus productos o servicios, cuando ello sea consecuencia de las obligaciones impuestas por el propio Reglamento.

En definitiva, la interacción del artículo 1.6 del Reglamento sobre geo-bloqueo con el artículo 17.1. c) RBiBis plantea un importante problema de (in) coherencia dentro del Derecho europeo, que puede alterar el funcionamiento de los foros de protección del consumidor²⁸; es necesaria, por tanto, una “relectura” de los indicios identificados por el TJUE para determinar cuando se puede entender que un sitio web está dirigido hacia el Estado miembro de residencia del consumidor²⁹.

Otra (reciente) falta de coordinación entre las disposiciones de Derecho europeo que puede comprometer la tutela de los operadores jurídicos en Internet la encontramos en el Reglamento UE 2022/2965, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (en adelante, RSD)³⁰, cuyas normas resultan de aplicación a los prestadores de servicios intermediarios, con independencia de su lugar de establecimiento o ubicación, en la medida en que ofrezcan servicios en la UE, “lo que se pone de manifiesto por medio de una conexión sustancial con la Unión” (cdo. 7). Según lo dispuesto en el artículo 3.e) RSD, la “conexión sustancial con la Unión” se define como la “conexión de un prestador de servicios intermediarios con la Unión resultante, bien de su establecimiento en la Unión, bien de criterios fácticos específicos, tales como: un número significativo de destinatarios del servicio en uno o varios Estados miembros en relación con su población, o que se dirijan actividades hacia uno o varios Estados miembros”.

Desde la perspectiva de su coordinación con el artículo 17.1.c) del RBiBis, nuestra mejor doctrina ya ha adelantado que podría resultar más adecuado entender que siempre que hay un número significativo de usuarios en uno o varios Estados miembros UE, las actividades del prestador de servicios van dirigidas –aunque puede que no específicamente– a la UE o algunos de sus Estados miembros, pues dicho prestador tiene los medios para conocer dónde se ubica un conjunto significativo de sus usuarios. Por su parte, el considerando 8 RSD proporciona una relación no exhaustiva de elementos que pueden ser relevantes para apreciar la orientación de las actividades del intermediario hacia un Estado

28 Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento (UE) 2018/ 302 sobre bloqueo geográfico y otras formas de discriminación”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/03/reglamento-ue-2018302-sobre-bloqueo.html>

29 Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El Reglamento 2018/ 302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 7, 2018; en el mismo sentido, vid. J. I. PAREDES PÉREZ, “Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado: el Reglamento (UE) 2018/ 302 y su incidencia sobre las normas de Derecho internacional privado”, *REEL*, nº 35, 2018.

30 DOUE L 277 de 27 de octubre de 2022.

miembro (lengua, moneda o dominio de primer nivel empleados; posibilidad de encargar los productos o servicios desde ese Estado; disponibilidad de una aplicación en la tienda de aplicaciones nacional correspondiente; publicidad local o en la lengua del Estado miembro en cuestión). Sin embargo, resulta cuestionable que en el mismo considerando se presuma que existe una conexión sustancial “cuando el prestador de servicios dirija sus actividades hacia uno o más Estados miembros, en el sentido del artículo 17.1.c) RBIBis”, pues el significado de la expresión “dirigir actividades hacia un Estado miembro” debería ser el mismo en este precepto que el que tiene en el artículo artículo 3.e) RSD, y los indicios recogidos en el considerando 8 RSD han de ser también relevantes a los efectos de aplicar el artículo 17.1.c) RBIBis. En cualquier caso, acierta el considerando 8 RSD al señalar que la mera accesibilidad técnica de un sitio web desde la UE, no es por sí sola motivo suficiente para establecer la existencia de una conexión sustancial con el territorio europeo³¹.

5. EL FORO DE COMPETENCIA EN MATERIA EXTRA CONTRACTUAL

Uno de los ámbitos del Derecho privado en los se que plantean mayores problemas de aplicación de las normas europeas de competencia judicial internacional es el de las actividades ilícitas en Internet, en cuyo marco se llevan a cabo diferentes actos susceptibles de generar un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

Para estos supuestos, el artículo 7.2 RBIBis prevé un foro especial, que concurre con el foro general del domicilio del demandado, y es aplicable en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes. Así, de conformidad con lo dispuesto en este precepto, el demandante podrá ejercitar su acción, alternativamente, ante los tribunales del domicilio del demandado (*ex art. 4*), o ante los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. La existencia de este foro se justifica, tanto por razones de economía procesal, pues permite reducir el coste de litigación internacional, como por razones de proximidad y de previsibilidad para ambos litigantes³². Sin embargo, una vez más su carácter estrictamente territorial puede dificultar su aplicación en un contexto virtual como el que nos ocupa³³, comprometiendo la buena administración de justicia y la sustanciación adecuada del proceso.

31 Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento de servicios digitales (I): fundamentos, ámbito de aplicación y estructura”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2022/10/reglamento-ue-de-servicios-digitales-i.html>

32 Vid. A. -L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ (Dir.), **Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial internacional y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis**, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 329-330.

33 Vid. G. PALAO MORENO, “Cuestiones de Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 278 y 279.

5.1. DETERMINACIÓN DEL FUERO DEL LUGAR DEL DAÑO EN UN ENTORNO VIRTUAL

El artículo 7.2 RBIbis atribuye competencia, en materia delictual y cuasi-delictual, a los tribunales “del lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso”. Las características del entorno virtual en el que pueden desarrollarse actividades eventualmente generadoras de un daño plantean problemas de aplicación de este precepto en muchas ocasiones, particularmente, en aquellos casos en los que el ilícito produce efectos en varios países. Es necesaria, por tanto, una adaptación de este foro de competencia a dicho entorno virtual, que permita al demandado normalmente informado prever razonablemente cuál será el tribunal, distinto al de su domicilio, que puede conocer del litigio.

Según jurisprudencia reiterada del TJUE a partir de su decisión en el asunto *Shevill*³⁴, en los supuestos de responsabilidad extracontractual plurilocalizados, tal y como habitualmente se presentan en Internet, el lugar del daño puede entenderse tanto como lugar donde se ha producido o materializado dicho daño, cuanto como lugar del hecho causal, generador del mismo; en consecuencia, la acción del demandante subsumible en el supuesto de hecho del artículo 7.2 RBIbis puede ejercitarse, alternativamente, ante los tribunales de cualquiera de estos dos lugares³⁵. Ahora bien, únicamente los tribunales del lugar del hecho causal o de origen del daño tienen competencia para conocer íntegramente de todos los daños causados por el acto ilícito, mientras que la competencia de los tribunales del lugar de manifestación o materialización del daño se limita a las víctimas y a los daños directos³⁶. Esta interpretación restrictiva del alcance del foro del lugar de manifestación del daño se corresponde con la función del RBIbis de garantizar la previsibilidad del tribunal competente, evitando la multiplicación inaceptable de foros, y se condice con la configuración del foro del artículo 7.2 RBIbis como un foro de proximidad; efectivamente, este precepto no se basa en un principio de *favor laesi*, sino en la exigencia de una estricta relación de proximidad entre el litigio y los tribunales que conocen del asunto, vinculada exclusivamente a la correcta organización del proceso³⁷.

34 STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/ 93, *Shevill*.

35 SSTJCE de 30 de noviembre de 1976, asunto 21/ 76, *Mines de Potasse d'Alsace*; de 18 de mayo de 2006, asunto C-343/ 04, *Land Oberösterreich/ CEZ as*; de 16 de julio de 2009, asunto C-189/ 08, *Zuid-Chemie*; SSTJUE de 16 de mayo de 2013, asunto C-228/ 11, *Melzer*; 18 de julio de 2013, asunto C-147/ 12, *ÖFAB*; de 28 de enero de 2015, asunto C-375/ 13, *Kolassa*; y de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/ 15, *Concurrence SARL/ Samsung Electronic France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*.

36 SSTJCE de 11 de enero de 1990, asunto C-220/ 1988, *Dumez*; y de 10 de junio de 2004, asunto C-168/ 02, *Kronhofer*; y SSTJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto C-47/ 14, *Ferbo* y de 16 de junio de 2016, asunto C-12/ 15, *Universal Music International Holding BV/ Micvhael Tétéreault Schilling y otros*.

37 Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, pp. 708-709.

Por lo que se refiere al lugar del hecho causal o de origen del daño, el TJUE ha proporcionado pautas relevantes para su concreción, específicamente, en materia de responsabilidad extracontractual derivada del ejercicio de actividades en línea. Así, en su sentencia *Concurrence*, el Alto Tribunal ha localizado el lugar de producción del daño causado por haber restringido selectivamente, a un concreto distribuidor, la comercialización por Internet de determinados productos, en el Estado en el que opera dicho distribuidor, cuyas reglas de (libre) competencia han sido vulneradas, y en donde se produce la pérdida de beneficios por la consiguiente reducción de ventas³⁸. Por su parte, en su decisión en el asunto *Wintersteiger* anteriormente citado, el TJUE ha señalado que, cuando un acto de competencia desleal deriva de la difusión de información a través de Internet, el lugar de origen del daño es aquel donde cabe localizar el desencadenamiento, por el supuesto responsable, del proceso técnico que lleva a la difusión de la información infractora a través de Internet. Los jueces de Luxemburgo permiten prescindir de cuál sea la ubicación de los elementos técnicos empleados (*ad ex.* los servidores en los que se aloja la información controvertida), en la medida en que su situación puede ser incierta, y localiza el lugar de desencadenamiento de la difusión de información constitutiva del ilícito, allí donde el supuesto responsable tiene su establecimiento.

Por su parte, en relación con la precisión del lugar o lugares de manifestación del daño como consecuencia de un ilícito civil en el espacio virtual, el TJUE ha puesto de manifiesto que los daños pueden materializarse en numerosos lugares y que la concreción del lugar donde se manifiesta el daño, a los efectos de aplicación del artículo 7.2 RBIBis, puede variar en función de la naturaleza del derecho supuestamente vulnerado. En todo caso, debe tenerse en cuenta que este precepto no puede interpretarse de una forma que englobe cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito. Sobre esta base, el TJUE ha señalado que el foro del artículo 7.2 RBIBis no comprende el lugar donde se localiza el daño patrimonial, con frecuencia coincidente con el domicilio o residencia de la persona perjudicada (demandante), si no existe, además, una vinculación entre ese lugar y el hecho generador del daño (principio de proximidad)³⁹. Tampoco permite, el Alto Tribunal, que el criterio del lugar de manifestación del daño sirva para atribuir competencia a los tribunales del país en el que se producen los efectos de daños indirectos, con base en los principios de previsibilidad y seguridad jurídica⁴⁰.

38 STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/ 15, **Concurrence**.

39 *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Daño económico y competencia judicial internacional. La necesaria continuidad entre el hecho generador del daño y el lugar de manifestación del mismo en el art. 7. 2 del Reglamento 1215/ 2021. Comentario a la STJ (Sala Primera) de 12 de mayo de 2021, As. C-709/ 19, *Vereinigting van Effectenvezitters y BP plc.*”, **La Ley Unión Europea**, nº 94, 2021.

40 STJCE de 11 de enero de 1990, asunto 220/ 88, **Dumez France y Tracoba**.

Ahora bien, de forma particular, cuando se trata de una demanda por daños derivados de una publicación difamatoria que se distribuye en varios Estados, el TJUE ha señalado que el demandante puede ejercitar su acción ante los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados donde se haya publicado o difundido la noticia, si bien únicamente por los daños causados en ese Estado⁴¹. Esta solución (teoría del mosaico) puede generar una batería de demandas en cada lugar de manifestación del daño, que no es eficiente en términos económicos, lo que puede justificar el recurso al foro del domicilio de la víctima frente a todos los daños producidos por el hecho ilícito.

En este sentido debe considerarse el cambio jurisprudencial provocado por la STJUE en el asunto *eDate Advertising*⁴². Efectivamente, en las demandas relativas a la vulneración de derechos de la personalidad a través de Internet, el TJUE ha señalado que la aplicación del artículo 7.2 RBÍbis reclama un tratamiento especial, y requiere la adaptación de su jurisprudencia *Shevill* al entorno digital cuando el domicilio de la víctima es uno de los lugares donde se manifiesta el daño. Con esta finalidad, en aras de garantizar el acceso a la justicia efectivo de los perjudicados, y considerando que los órganos jurisdiccionales del lugar donde la víctima tiene su centro de intereses son los que se encuentran en mejor posición para apreciar la eventual lesión a través de Internet de los derechos de la personalidad del perjudicado, el Alto Tribunal reconoce a la víctima la posibilidad de interponer su demanda ante los tribunales del lugar donde tiene su “centro de intereses”⁴³, tanto para reclamar los daños derivados de la difusión de información en todo el mundo, como para ejercitar acciones de cesación o de otro tipo relativas a la difusión en todo el mundo⁴⁴.

Posteriormente, el TJUE confirmó esta jurisprudencia en su sentencia *Bolagsupplysningen e Ilsjan*⁴⁵, reconociendo a las personas jurídicas su legitimidad para prevalerse también del fuero del centro de intereses de la víctima. El TJUE fundamenta su decisión, precisamente, en la consideración de que este foro especial no tiene por finalidad la protección de una parte débil, como sucede con las normas sobre contratos de consumo, trabajo y seguro; al contrario, en la medida

41 STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/ 93, *Shevill*.

42 STJUE de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/ 09 y C-161/ 10, *eDate Advertising*.

43 En su sentencia de 17 de junio de 2021, asunto C-800/ 19, *Mittelbayerischer Verlag*, el TJUE precisó que el criterio del centro de intereses de la víctima no puede ser invocado por un demandante que no es mencionado en modo alguno, ni directa ni indirectamente, en el contenido supuestamente lesivo para sus derechos de la personalidad difundidos en Internet. Al contrario, este criterio solo permite atribuir competencia cuando el contenido en cuestión permite identificar, directa o indirectamente como individuo, a la persona cuyos derechos, supuestamente, han sido vulnerados; en ausencia de tal identificación no concurre la conexión estrecha entre el litigio y el centro de interés de la víctima, que es presupuesto de la atribución de competencia con base en el artículo 7. 2 RBÍbis.

44 Con buen criterio, E. CASTELLANOS RUIZ se refiere al foro reconocido por la sentencia *eDate Advertising* como un “foro cibernético” o “electrónico”; *vid.* “Determinación de la competencia judicial internacional en materia de infracción de la propiedad intelectual en Internet”, J. J. CASTELLÓ PASTOR (Dir.), *Desafíos jurídicos ...*, *op. cit.*, p. 276.

45 STJUE de 17 de octubre de 2017, asunto C-194/ 16, *Bolagsupplysningen e Ilsjan*.

en que se trata de una regla de competencia que pretende determinar donde se materializa el daño y los tribunales mejor situados para conocer del litigio en aras de la recta administración de justicia (principio de proximidad), no existe fundamento jurídico alguno para limitar su aplicación a las personas físicas (apdos. 38 y 39).

Sin embargo, en su sentencia *Gtflifx Tv*⁴⁶, el TJUE confirma su jurisprudencia previa sobre la interpretación del fuero del lugar del daño como criterio atributivo de competencia en relación con demandas relativas a la difusión de contenidos ilícitos en línea, y se opone al abandono del llamado “criterio del mosaico” respecto de los litigios que se plantean en el marco este tipo de actividades. El Tribunal de Luxemburgo considera que este criterio está plenamente justificado, en la medida en que se adecua perfectamente al objetivo de garantizar una buena administración de justicia, incluso cuando se trata de acciones tendentes a bloquear o impedir el acceso desde un determinado territorio a contenidos accesibles en línea⁴⁷.

Nuestra mejor doctrina ha alabado el mantenimiento del “criterio del mosaico”, pero ha cuestionado la insistencia del TJUE en considerar suficiente la mera accesibilidad a los contenidos supuestamente ilícitos para poder invocar el foro del lugar de manifestación del daño *ex* artículo 7.2 RBIBis. El Alto Tribunal se basa en la diferente redacción de los artículos 7.2 RBIBis y 17.1.c) RBIBis, y en la consideración de que la exigencia de cualquier requisito adicional a la mera accesibilidad podría menoscabar la facultad de toda persona que se considere perjudicada de presentar su demanda ante los tribunales del lugar donde se ha materializado el daño. Ahora bien, en puridad, la referencia a la mera accesibilidad –con los riesgos derivados de la accesibilidad global que potencialmente puede tener la difusión de contenidos en Internet- no resulta de la redacción del artículo 7.2 RBIBis, de modo que puede sostenerse que, en ciertas situaciones, sería adecuado que, además de la accesibilidad del sitio web en el foro, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda para declararse competente en tanto que lugar de manifestación del daño *ex* artículo 7.2 RBIBis verifique –sin tener que recurrir a un análisis como el que es propio del fondo del asunto- que no es descartable que la actividad del sitio web en cuestión puede producir, en el foro, el daño que se invoca⁴⁸. Este parece ser, también, el sentido de la declaración del Instituto de Derecho Internacional sobre Internet, cuyo artículo 5 permite a la

46 STJUE de 21 de diciembre de 2021, asunto 251/ 20, **Gtflifx Tv**.

47 En otro sentido, considerando que el enorme abanico al que conduce la regla del mosaico no justifica que se pueda plantear en cualquiera de los Estados donde se manifiesta el daño, una demanda que pretenda la rectificación y la supresión de los comentarios realizados; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, **Derecho internacional...**, *op. cit.*, p. 711.

48 *Vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La competencia para conocer de las demandas frente a contenidos ilícitos en línea tras la sentencia *Gtflifx Tv*”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2021/12/la-competencia-para-conocer-de-demandas.html>

víctima interponer su demanda, alternativamente, ante los tribunales de: *a)* el Estado de la residencia de la persona cuya responsabilidad se invoca; *b)* el Estado sobre el territorio del cual se ha producido la conducta crítica por parte del supuesto responsable; *c)* el Estado donde se hayan producido o puedan producirse las consecuencias lesivas más trascendentales, y *d)* el Estado de la residencia de la víctima, si el contenido en línea estaba accesible en ese Estado o la víctima sufrió daño en ese lugar. La competencia atribuida con base en los criterios *c)* y *d)* queda excluida si el demandado prueba que: *a)* no obtuvo beneficio significativo por el hecho de que el material publicado fuera accesible desde el Estado del foro; y *b)* una persona razonable no pudo prever que el material sería accesible desde el Estado del foro, o que la conducta de esa persona causaría un daño en ese Estado⁴⁹.

5.2. LA REGLA ESPECIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Con la misma finalidad tuitiva, que corrige el principio de proximidad subyacente al artículo 7.2 RBIbis en los supuestos anteriormente indicados, el artículo 79 Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, general de protección de datos (en adelante, RGPD), regula el derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento de datos. El precepto contiene una norma especial de competencia judicial internacional que prevalece, en esta materia, sobre el RBIbis (*cf.* art. 67 RBIbis). De conformidad con lo dispuesto en su apartado 2, las personas afectadas por el tratamiento de datos podrán demandar al responsable o al encargado de dicho tratamiento ante los tribunales de cualquier Estado en el que estos tengan un establecimiento o, alternativamente, ante los tribunales de su propia residencia habitual.

El fundamento de la tutela judicial que el interesado solicita en el marco de este precepto es la vulneración de sus derechos en virtud del RGPD, lo que justifica el empleo de un concepto amplio y flexible de “establecimiento”, que se extiende a cualquier actividad real y efectiva ejercida mediante una instalación estable (*cf.* Cdo. 22 RGPD). Se trata de una categoría diferente a la del “domicilio del demandado” del artículo 4 RBIbis, aunque en muchas ocasiones pueden coincidir, y sobre ella se articula un foro de competencia especial, que puede resultar de particular interés para el ejercicio de acciones colectivas por parte de interesados procedentes de diferentes Estados. Por otra parte, habida cuenta de

49 La Resolución del IDI sobre “Les atteintes aux droits de la personnalité par l’utilisation d’internet: compétence, droit applicable et reconnaissance des jugements étrangers”, de 31 de agosto de 2019, puede encontrarse en <https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2019/09/8/-RES-FR-Corr-1.pdf>. Ampliamente, sobre esta Resolución, *vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Resolución del IDI sobre Internet y la vulneración de la privacidad. Tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad ¿Hacia la armonización internacional? (A propósito de la Resolución del Institut de Droit International de 2019)”, **REDI**, vol. 72, n° 1, 2020, pp. 205-212. También sobre le alcance de este precepto, *vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Una visión crítica de la Resolución del IDI sobre Internet y la vulneración de la privacidad desde el punto de vista del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, **REDI**, vol. 72, n° 1, 2020, pp. 213-221.

la finalidad tuitiva de la norma, debe entenderse que la competencia del tribunal del establecimiento del responsable se extiende al conjunto del daño que el tratamiento haya causado a la víctima.

Es precisamente este *favor laesi* el que justifica la consagración del foro del lugar donde la víctima tenga su propia residencia habitual como criterio alternativo de competencia, con base en el cual el tribunal competente podrá conocer del conjunto del daño causado. A estos efectos, y aunque puedan coincidir en la práctica, debe tenerse en cuenta que el concepto de “residencia habitual” no es idéntico al de “centro de intereses de la víctima” desarrollado por el TJUE para localizar el lugar donde se ha producido el daño *ex* artículo 7.2 RBbis en los supuestos de lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet, que toma en consideración otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, para establecer la existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y el tribunal que conozca del asunto ⁵⁰.

Para comprender el verdadero alcance de estos foros es necesario desmentir la formulación imperativa del primer inciso del artículo 79.2 RGPD («las acciones... deberán ejercitarse»), y entender que los foros contenidos en este precepto tienen un carácter adicional y complementario de los foros establecidos por el RBbis en materia civil y mercantil, sin que estos puedan producir el resultado de privar de su efecto útil al artículo 79.2 RGPD. Por lo tanto, junto a los foros especiales del RGPD, las víctimas podrán prevalerse del foro general del artículo 4 RBbis, de los foros basados en una relación de conexidad *ex* artículo 8 RBbis, o del fuero especial en materia extracontractual del artículo 7.2 RBbis.

6. CONCLUSIÓN

La determinación de los tribunales internacionalmente competentes para conocer de los litigios derivados de las relaciones jurídicas (de carácter civil y mercantil) que se establecen en el entorno digital resulta especialmente controvertida, pues la deslocalización territorial de los operadores económicos en el Ciberespacio no se corresponde con los foros de competencia judicial internacional vigentes en la UE, articulados sobre la base de criterios estrictamente territoriales. Esta falta de correspondencia puede condicionar el acceso transnacional a la justicia de los operadores económicos, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, expresamente reconocido por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

50 Vid. P. A. DE MIGUELASSENSIO, *Derecho privado...*, *op. cit.* pp. 539-549.

En el sistema del RBIBis este derecho trata de garantizarse favoreciendo el acceso a un tribunal próximo al litigio y previsible para las partes. Sin embargo, para garantizar la eficacia de este sistema en el mundo digital es preciso llevar a cabo una adaptación de las normas vigentes al nuevo entorno, que por el momento solo ha realizado el TJUE.

En estas páginas hemos referido algunas de las más importantes decisiones del Alto Tribunal, que ayudan a precisar la localización de los foros de competencia en el Ciberespacio, sobre la base de los principios de proximidad o de protección de una parte especialmente débil en los que se fundamentan dichos foros. Sin duda, la labor del Alto Tribunal ha permitido atender a las necesidades de este nuevo espacio, esencialmente “aterritorial”, pero es necesario promover una revisión del sistema del RBIBis, que incorpore los conceptos creados jurisprudencialmente, de manera que estos pasen a ser criterios jurídicos⁵¹, a través de los cuales se garantice una determinación del tribunal competente razonablemente segura para las partes implicadas. Esta revisión es aún más necesaria cuando observamos una “desarmonización” del Derecho internacional privado europeo como consecuencia de la interacción entre las disposiciones del propio RBIBis y las nuevas normas adoptadas por el legislador europeo para regular las relaciones que se establecen en el Ciberespacio, esencialmente dirigidas a tutelar a la parte débil de la relación jurídica o a favorecer a la víctima de comportamientos ilícitos en el entorno virtual⁵². Solo una regulación coherente (y renovada) de las relaciones que se establecen en el entorno virtual puede garantizar el acceso transnacional a la justicia de todos los operadores jurídicos, y favorecer el acceso a una nueva realidad en condiciones de seguridad jurídica.

51 Vid. A. -L. CALVO CARAVACA, “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europea: últimas tendencias”, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al prof. Dr. J. C. Fernández Rozas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, p. 165.

52 Parafraseando a A. FERRANTE, “Desarmonización de la tutela del consumidor en los viajes combinados: interacción entre el Derecho comparado y el Derecho internacional privado”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 16-2, 2022, pp. 3142-3183.

ODR COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA EL TURISTA INTERNACIONAL

CLAUDIA MADRID MARTÍNEZ^{1*}

1. INTRODUCCIÓN

Según afirma acertadamente Cooper, el turismo ha sido calificado como una actividad de importancia y significado global y como una fuerza importante en la economía del mundo. No obstante —continúa el autor— es también un sector de contrastes que tiene la capacidad de impactar negativamente en los entornos y culturas anfitriones, las materias primas de muchos productos turísticos, pero también puede promover la paz, ayudar a aliviar la pobreza y encabezar el desarrollo económico y social².

Luego del impacto de la pandemia del COVID 19 sobre el sector, según el Barómetro del Turismo Mundial de la Organización Mundial del Turismo (OMT), 700 millones de turistas viajaron internacionalmente entre enero y septiembre de 2022, lo cual implica el 63% del nivel alzando antes de la pandemia. Estos resultados se deben, según estima la OMT a “la fuerte demanda reprimida, la mejora de los niveles de confianza y el levantamiento de las restricciones en un número creciente de destinos”³.

El turismo, de hecho, no se detiene y se va adaptando a las circunstancias. A medida que los Estados han ido descubriendo sus ventajas económicas, han unido sus esfuerzos para aprovechar sus potencialidades; así, el turismo ha dado lugar a vigorosos negocios, a intercambios internacionales y a una mega industria global. Esta magnitud del turismo y su importancia económica hace que, en ocasiones, no miremos con detalle al sujeto que se ubica en su centro: el turista. Esto resulta sin duda paradójico, pues tal como acertadamente afirma Klein Vieira, “la

1 * Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Docente investigadora en la Universidad Autónoma Latinoamericana, parte del Grupo de Investigaciones Globalización y Derecho Privado (GLOPRI). Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB); Profesora de Derecho internacional privado y de Contratación Internacional en la Universidad de Antioquia. Trabajo realizado en el marco del Proyecto “Resolución de conflictos en línea en materia de turismo” Código No. 2021-35-000015, Universidad Autónoma Latinoamericana.

2 Cooper, Chris, *Essentials of Tourism*, London, SAGE Publications, 3rd ed., 2020, p. 5, en: [https:// bit. ly/ 3XzO2hT](https://bit.ly/3XzO2hT)

3 La recuperación del turismo acelera para alcanzar el 65% de los niveles anteriores a la pandemia, 23 de noviembre de 2022, en: [https:// bit. ly/ 3H2dCCG](https://bit.ly/3H2dCCG)

protección transfronteriza del consumidor turista es una medida necesaria para incrementar el comercio internacional y así facilitar la circulación de personas”⁴.

En oportunidades anteriores hemos sostenido que el turista es el sujeto central de una red de relaciones jurídicas de la más variada y compleja naturaleza que se van hilando para que el turista puede ejercer su derecho de hacer turismo⁵. Dentro de estas relaciones puede haberlas de tipo contractual —contratos de transporte, de alojamiento, entre otros— y de tipo extracontractual —nacidas de los daños causados por terceros, como ocurre en los casos de accidentes de circulación, por ejemplo. Además, muchos de los daños —contractuales o extracontractuales— sufridos por los turistas son de difícil y aún imposible reparación en especie, de manera que en estos casos, la indemnización no satisface realmente su interés⁶.

La naturaleza sumamente compleja que caracteriza las relaciones de las cuales el turista hace parte aumenta, en buena medida, debido a que este tiene la condición de consumidor, lo cual hace que deban aplicarse las normas de protección correspondientes. Sin embargo, estas normas, en general, en la mayoría de los sistemas, no tienen regulación especial para las relaciones en las que comúnmente participa el turista.

Por otra parte, la masificación ha supuesto que el turismo no pueda seguirse considerando como una actividad de élite. El turismo es hoy accesible a amplios estratos de la sociedad que pueden dedicar su tiempo libre, sus vacaciones laborales o escolares, para viajar y conocer lugares distintos de aquel en el que tienen su residencia habitual⁷. Precisamente, el hecho de que los desplazamientos resulten relativamente más sencillos ha conducido a la internacionalización de las relaciones de turismo, lo cual pone de manifiesto la necesidad de recurrir al Derecho internacional privado, contribuyendo a complicar la situación del turista que, antes de atender la necesidad de reclamar sus derechos, debe informarse sobre dónde puede hacer esa reclamación y conforme a qué ordenamiento jurídico.

Otro elemento para considerar —y que también viene a complicar el panorama— es que la relación turística se ha ido transformando. El turista, que antes acudía a una agencia de viajes para contratar los servicios turísticos, hoy los

4 Klein Vieira, Luciane, La circulación internacional del consumidor turista: los avances en el Mercosur y en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en: **Revista de Direito do Consumidor**, 2018, Vol. 116, año 27, pp. 411 ss. especialmente p. 428.

5 Maniatis, Antonio, ¿Hay un derecho al turismo? , en: **Cuestiones Constitucionales**, 2019, No. 40, pp. 171 ss.

6 Madrid Martínez, Claudia, Servicios, turismo y la protección del consumidor: una mirada desde el Derecho internacional privado interamericano, en: **Derecho internacional, mundialización y gobernanza. Jornadas de la ASADIP, Lima noviembre de 2012**, Asunción, CIAC, CEDEP, ASADIP, 2012, pp. 353 ss.

7 Quintana Cario, Ignacio, La protección del consumidor como turista, en: **Estudios sobre el consumo**, julio 1984, No. 2, pp. 61 ss., especialmente p. 61.

contrata directamente: compra sus tickets de transporte, contrata su alojamiento e incluso adquiere entradas a eventos culturales o deportivos y hace reservas en algún restaurante o para entrar a un parque. Es común que para ello el turista recurra a plataformas de intermediación que funcionan bajo el esquema de economía colaborativa⁸, las cuales, sin hacerse parte en el contrato, ponen a las partes en contacto para que estas acuerden el contenido de su relación y les proporcionan el “espacio” para ello.

Ahora bien, estas características de las relaciones generadas a partir de los servicios turísticos ponen al turista en una situación ciertamente compleja a la hora de reclamar sus derechos. Tengamos en cuenta que el turista suele contratar servicios que se prestarán fuera del lugar de su residencia habitual y generalmente no dispone del tiempo necesario para iniciar los procedimientos —que además suelen ser demorados y engorrosos— ni para llevarlos a buen término.

En efecto, ya desde la década de los noventa del siglo pasado Alcover Garau reconocía que “[d]ebido a la falta de información, a la brevedad de su estancia y a la complejidad que encierra en múltiples ocasiones la determinación del Derecho aplicable y del tribunal competente, el turista de forma mucho más intensa que el resto de los consumidores no puede ejercer adecuadamente los derechos que le ofrecen las leyes, por lo que, de hecho, queda indefenso frente a los abusos. Y de poco sirve reconocer al turista los derechos que la legislación ofrece a los consumidores y otros específicos si luego no puede ejercitarlos”⁹

Este escenario no ha cambiado mucho. Sin embargo, hoy la tecnología parece brindar una salida mediante los mecanismos de resolución de conflictos en línea. La aceptación de estos mecanismos puede contribuir, sin duda, a garantizar el acceso a la justicia del turista que, generalmente, se relaciona con prestadores de servicios en el extranjero, en calidad de débil jurídico.

Por tal razón, estas breves líneas se encaminan a explorar, desde una perspectiva comparada con énfasis en los ordenamientos colombiano y venezolano, el impacto que los mecanismos de resolución de conflictos en línea —comúnmente conocidos bajo el acrónimo ODR— pueda tener en la garantía del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva del turista internacional.

8 “La ‘economía colaborativa’, en palabras de la Comisión Europea, abarca aquellos ‘modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares’. En dichas actividades, la frontera entre consumidores y empresarios no resulta clara, dando lugar a relaciones multilaterales entre empresarios, empresarios y consumidores, consumidores y empresarios, y consumidores entre sí, que nuestro Derecho de Consumo en parte ignora”. Ver: Martín Moral, María Flora, Economía colaborativa y protección del consumidor, en: *Revista de Estudios Europeos*, 2017, No. 70, pp. 179 ss.

9 Alcover Garau, Guillermo, Protección jurídica del turista como consumidor y competencia de la comunidad autónoma de las islas baleares en materia de turismo, en: *Estudios sobre consumo*, 1990, No. 54, pp. 72 ss., especialmente p. 78.

2. EL TURISMO: CONCEPTOS NECESARIOS

2.1. EL TURISTA INTERNACIONAL COMO CONSUMIDOR

El desplazamiento temporal de una persona a un lugar diferente de aquel en el cual tiene su residencia habitual, sea dentro de su propio Estado o fuera de él —caso en el cual se trata de un turista internacional—, por razones de ocio, recreación, salud u otros motivos, es lo que suele definir al turista en los diferentes sistemas.

Así puede verse en la definición aceptada por la Organización Mundial de Turismo, al calificar al turista como “una persona que viaja a un destino principal distinto al de su entorno habitual, por una duración inferior a un año, con cualquier finalidad principal (ocio, negocios u otro motivo personal) que no sea la de ser empleado por una entidad residente en el país o lugar visitados. Un *visitante* (*interno, receptor o emisor*) se clasifica como *turista* (o *visitante que pernocta*), si su *viaje* incluye una pernoctación, o como *visitante del día* (o *excursionista*) en caso contrario” (cursivas en el original)¹⁰.

El visitante no es incluido por todos los sistemas en la regulación del turismo. Es el caso de Colombia que, en la Ley 2068 de 2020 (diciembre 31) por la cual se modifica la Ley General de Turismo¹¹, solo hace referencia al turista como la “[p]ersona que realiza un viaje, que incluye una pernoctación, a un destino principal distinto al de su entorno habitual, por una duración inferior a un año, y con cualquier finalidad principal (negocios, ocio u otro motivo personal) que no sea la de ser empleado por una entidad residente en el país o lugar visitados” (art. 3.2).

En Venezuela, en cambio, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Turismo¹² define al turista como “[t]oda persona natural que viaje y pernocte fuera del lugar de su residencia habitual, por más de una noche y menos de seis meses, con fines de esparcimiento y recreación, beneficiándose de alguno de los servicios prestados por los integrantes del sistema turístico nacional y cuya visita no sea remunerada en el lugar visitado” (art. 2.20); mientras el visitante es “toda persona natural que se desplace fuera de su entorno habitual por menos de veinticuatro horas, con fines de ocio, recreo y otros motivos, y cuya actividad no sea remunerada en el lugar visitado” (art. 2.21).

En todo caso, respecto del turista, ambos sistemas admiten los tres elementos que suelen definirlo: el desplazamiento, su carácter temporal y la finali-

10 En: <https://www.unwto.org/es/glosario-terminos-turisticos>

11 Diario Oficial No. 51. 544, 31 de diciembre de 2020.

12 Gaceta Oficial No. 6. 152 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014.

dad ajena a lo estrictamente profesional que lo motiva. En efecto, el turista ha de encontrarse fuera de su residencia o entorno habitual. Este alejamiento es reconocido como una de las razones por las cuales debe establecerse un sistema de protección especial para el turista, pues este se encuentra lejos de su residencia habitual, en lugares y entre costumbres muchas veces diferentes a los suyos, “con una mentalidad y un estado de ánimo” que le convierten en blanco fácil de abusos por parte de las empresas con las cuales contrata. El turista —se ha afirmado— es un desplazado¹³.

Bien, cuando ese desplazamiento se produce fuera de las fronteras del Estado donde el turista tiene su residencia habitual, las relaciones con ocasión de ese desplazamiento en las que este sea parte serán relaciones internacionales. Así, la Ley 2068 de 2020 se refiere a los casos en que los nacionales colombianos hacen turismo en el exterior —“turismo emisor” *ex* artículo 3.1.1— y los casos en que los no residentes hacen turismo en Colombia —“turismo receptivo” *ex* artículo 3.1.3. La Ley Orgánica del Turismo en Venezuela solo hace referencia al turismo receptivo y lo entiende como aquel “que engloba las actividades realizadas por un visitante no residente en la República Bolivariana de Venezuela” (art. 2.17).

En segundo término, en el concepto de turista destaca el carácter temporal del desplazamiento. En la mayoría de los sistemas, incluyendo el concepto de la Organización Mundial de Turismo y el recogido por la Ley colombiana, el tiempo de permanencia fuera del entorno habitual debe ser inferior a un año. Curiosamente, la Ley venezolana al definir turismo, admite que la permanencia en lugares distintos al de su entorno habitual, debe ser por “...un período de tiempo consecutivo inferior a un año...” (art. 2.14). Sin embargo, al definir al turista, según hemos apuntado antes, hace referencia a seis meses.

La doctrina no se ha pronunciado respecto de esta contradicción. Sin embargo, en una sentencia dictada en 2018 por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sobre la base del aparte único del artículo 23 la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁴, y sin mencionar la normativa en materia de turismo, se afirma que si una persona no ha estado un año en un país, no puede considerársela domiciliada en él sino que, por el contrario, tendría la condición de turista¹⁵. Nosotros hemos considerado en otras oportunidades que, considerando la evolución del Derecho del turismo en Venezuela y los lineamientos de la

13 Alcover Garau, Protección jurídica del turista como consumidor..., ob. cit., p. 76.

14 Gaceta Oficial No. 36. 511, 6 de agosto de 1998.

15 Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa, sentencia No. 01029, 3 de octubre de 2018 (**Eddy Shomron Cohen Levy vs. Ana Carolina Siboni Abecasis**), en: [https:// bit. ly/ 3ITbF0R](https://bit.ly/3ITbF0R)

Organización Mundial del Turismo, de la cual Venezuela es parte desde 1975, debería prevalecer el límite de un año para considerar a una persona como turista¹⁶.

En todo caso, el individuo que se desplaza a un lugar diferente al de su residencia habitual y permanece allí por más de un año, no puede considerarse un turista. En estos casos podrían plantearse los problemas relativos, por ejemplo, al régimen de los estudiantes en el extranjero, de los trabajadores internacionales o, incluso, al tema de la migración por un cambio permanente de domicilio.

Finalmente, tanto en la definición de la Organización Mundial del Turismo, como en los sistemas venezolano y colombiano, se deja claro que el turista no se desplaza con el objetivo de realizar una actividad remunerada en el lugar visitado, situación que podría ubicarlo, más bien, en el ámbito de aplicación de las normas sobre trabajadores internacionales o dentro del régimen contractual especialmente referido a los contratos de servicios profesionales¹⁷. Por tal razón, puede afirmarse que el turista es un consumidor, que se desplaza con fines recreativos o de ocio, con fines culturales¹⁸, académicos¹⁹, por salud²⁰, e incluso por temas medioambientales —criterio este que ha entrado en juego, al punto de considerarse fundamental y competitivo, ofrecer un turismo sostenible y favorable con el medio ambiente²¹. En todo caso, el turista se desplaza por propósitos distintos de los meramente profesionales. Puede entonces afirmarse que el turista es el destinatario final de los servicios turísticos, lo cual lo convierte en un consumidor.

En efecto, más allá de las diferencias respecto del concepto de consumidor asumidas por los distintos sistemas —y dejando de lado la discusión respecto de las personas jurídicas que ha separado a los sistemas latinoamericanos de los europeos—, dos son los elementos más utilizados para caracterizar al consumidor: el destino final y el uso no profesional de los bienes y servicios. Por ejemplo, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, cuya

16 Es la opinión que hemos sostenido en: Madrid Martínez, Claudia y Eugenio Hernández-Bretón, Derecho del Turismo en Venezuela, en: C. Torres, J. Melgosa Arcos, J. Tudela Aranda, S. Castel Gayán, V. Franceschelli, P. Benavides Velazco, (eds.), **Derecho del Turismo en las Américas**, Estoril, Salamanca, Buenos Aires, México, Punta Arenas, Montevideo, Viedma, Escola Superior de Hotelaria e Turismo do Estoril, Universidad de Salamanca, Universidad de Buenos Aires, UNAM, Universidad de Magallanes, Universidad de la Empresa, INATEL, CITUR, Universidad de Río Negro, pp. 1384 ss., especialmente p. 1400.

17 De hecho, la Ley 2068 de 2020 indica expresamente, en su artículo 3. 2, que el desplazamiento no puede realizarse con la finalidad “de ser empleado por una entidad residente en el país o lugar visitados”.

18 Sobre el turismo cultural y las transformaciones que está experimentando debido, en buena medida a la pandemia del COVID-19, ver: Matteucci, Xavier, Ko Koens, Licia Calvi and Simone Moretti, Envisioning the futures of cultural tourism, en: **Futures**, 2022, Vol. 142, pp. 1 ss.

19 Se trata del turismo generado a partir de la movilidad de estudiantes universitarios. Sobre el caso de Galicia, ver: Rodríguez, Xosé A., Fidel Martínez-Roget, Ewa Pawlowska, Academic tourism demand in Galicia, Spain, en: **Tourism Management**, 2012, Vol. 33, Issue 6, pp. 1583 ss.

20 Vijaya, Ramya Mahadevan, Medical tourism: revenue generation or international transfer of healthcare problems? , en: **Journal of Economic Issues**, 2010, Vol. XLIV, No. 1, pp. 53 ss.

21 Ver: Fernández Rodríguez, Carmen, La protección del turista en la Unión Europea, en: **Revista de Derecho de la Unión Europea**, 2006, No. 11, pp. 79 ss., especialmente p. 69; Holden, Andrew, **Environment and Tourism**, London, New York, Routledge, 2016.

última versión es de 2015²², definen al consumidor como “...una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos” (Dir. II.3).

En Colombia, la Ley 1480 de 2011 que establece el Estatuto del Consumidor²³, funde ambos elementos al definir al consumidor como “[t]oda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”. Respecto de esta norma, tanto la doctrina²⁴ como la jurisprudencia²⁵ han admitido que la necesidad de desvinculación con la actividad económica de la persona implica la exclusión de actividades de intermediación, con lo cual se resalta el destino final. En tal sentido, la persona que contrate un alojamiento con la intención de, a cambio de una “comisión”, ceder su reserva a otra, no podrá considerarse un turista consumidor.

Aunque en Venezuela no existe una norma semejante, que determine lo que ha de entenderse por consumidor, pues, con la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios²⁶, también se derogó la definición que había estado presente en el sistema venezolano, y que giraba en torno al criterio de destino final²⁷, es frecuente que las decisiones judiciales, incluso las emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, hagan uso de expresiones como “destinatario final” o “consumidor final” para referirse a los consumidores²⁸, lo cual, de nuevo, excluye las relaciones de intermediación.

22 Las directrices fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 39/ 248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/ 7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/ 186, de 22 de diciembre de 2015. Ver: Naciones Unidas, **Directrices para la protección del consumidor**, Nueva York, Ginebra, Naciones Unidas, 2016.

23 Diario Oficial No. 48. 220, 12 de octubre de 2011.

24 Velandia, Mauricio, **Derecho de la competencia y del consumo. Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2011, p. 427; Ossa Gómez, Daniel, Definición, delimitación y análisis del ámbito de aplicación del nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), en: **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana**, 2013, Vol. 43, No. 118, pp. 407 ss., especialmente, p. 424; Sayas Contreras, Rafaela y Jesús Daniel Tovio Flórez, Criterios para establecer el ámbito de aplicación del Nuevo Estatuto del Consumidor, en: **Revista Vis Iuris**, 2015, No. 3, Vol. 2, pp. 111 ss., especialmente p. 113.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 5 de septiembre de 2018, Exp. 110010203000-2018-03483-01; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 5 de septiembre de 2018, Exp. 110010203000-2018-03483-01. Esta idea se admitió incluso antes de la vigencia de la Ley 1480 de 2011: Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-909 de 7 de noviembre de 2012, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º literal d) (segmento), 11 literal e) y 12 literal d) de la Ley 1328 de 2009, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

26 Gaceta Oficial No. 39. 358, 1 de febrero de 2010.

27 La Ley derogada calificaba como consumidor (aunque se refería genéricamente a “personas” que acceden a bienes y servicios), en su artículo 4, a “Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final”. Esta norma admitía la calificación como consumidor de las personas jurídicas, con lo cual se reconocía la vulnerabilidad de las pequeñas empresas frente a los grandes proveedores de bienes y servicios.

28 Ver, entre las decisiones más recientes: Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0069, 11 de febrero de 2015, (**Municipio Sucre del Estado Bolivariano Miranda vs. Tecniauto, C. A.**) en: [https:// bit. ly/ 3ugDnMl](https://bit.ly/3ugDnMl); Tribu-

Ahora bien, el consumidor es comúnmente reconocido como débil jurídico. Así, siendo el “partícipe crucial” de la dinámica del mercado, es la parte “... normalmente frágil en aspectos tales como la asimetría en la información, o la desigualdad jurídica y material ante los proveedores de productos y servicios...”. Esta condición de debilidad hace necesario el apoyo del Estado mediante la promulgación de normas “...por fuera de las reglas tradicionales del Derecho privado, basadas en la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica formal, lo que no acontece en las relaciones de consumo”²⁹. Esto no debe implicar —admite paradójicamente el Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela³⁰— “una limitación desproporcionada a la libertad de contratación; por el contrario, se trata de restricciones, que no prohibiciones, a las modificaciones contractuales, que tienen base en el orden público que reviste la protección a las personas cuando actúan como consumidores y usuarios en tanto débiles jurídicos de la relación contractual”³¹.

Ahora bien, “[e]l carácter de consumidor del turista está fuera de toda duda”³². Como destinatario final de los servicios turísticos, el consumidor turista es parte de relaciones sumamente complejas, pues el viaje turístico es, en sí mismo, un servicio complejo que suele incluir transporte por vía terrestre, aérea, marítima —o una combinación de modalidades—; alquiler de automóviles; hotelería; restaurantes; excursiones y muchos otros aspectos que complementan las diversas propuestas, algunas de las cuales pueden incluir el financiamiento a través de tarjetas de crédito o cualquier otro medio³³. Se trata de un consumidor activo³⁴, un consumidor que penetra un mercado ajeno y que, por ello, asume ciertos riesgos.

Uno de esos riesgos asumidos por el turista sería el hecho de, a pesar de entrar en un marco jurídico que no conoce, estar consciente de tal intrusión. Esta consciencia de hallarse en un medio jurídico distinto del suyo, a pesar de desconocerlo, ha provocado que algunos autores consideren más delicada la situación

nal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0706, 17 de junio de 2015 (**Fisco Nacional vs. Compañía Brahma S. A.**), en: [https:// bit. ly/ 3XPfwRp](https://bit.ly/3XPfwRp); Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia No. 0707, 17 de junio 2015, (**Fisco Nacional vs. Compañía Brahma S. A.**), en: [https:// bit. ly/ 3gULpYf](https://bit.ly/3gULpYf)

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 4 de julio de 2019, Exp. 110013199001-2018-12441-01 y 110013199001-2018-03483-01, **Diseño y Estilo Inmobiliario Ltda. c. ICL Desarrollo Urbano et al.**

30 Es paradójico debido a tendencia a arrinconar a la autonomía de la voluntad que se ha observado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ver: Madrid Martínez, Claudia, La libertad contractual: su lugar en el derecho venezolano de nuestro tiempo, en: C. Madrid Martínez (ed.), **Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini**, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 105 ss.

31 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1049, 23 de julio de 2009 (**Rafael Badell Madrid et al. en nulidad contra los artículos 53, 54, 83, 84, 85, 86, 87 [numerales 5, 6 y 8] en concordancia con los artículos 125, 92, 119, 122 y 150 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada en Gaceta Oficial No. 37. 930, 4 de mayo de 2004**), en: [https:// bit. ly/ 2XuV2m8](https://bit.ly/2XuV2m8)

32 Casanovas Ibáñez, Oscar, El derecho turístico: de viajero a consumidor, en: **Revista CIDOB d’Afers Internacionals**, 2016, No. 113, pp. 33 ss., especialmente p. 41.

33 Lorenzetti, Ricardo Luis, **Consumidores**, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 302.

34 González Martín, Nuria, Comercio electrónico y protección del consumidor: acercamiento al contexto mexicano, en: A. L. Calvo Caravaca y S. Areal Ludeña (dirs.), **Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional**, Madrid, Colex, 2005, p. 630.

en la que se encuentra el consumidor electrónico, pues este, siendo un consumidor pasivo, —según afirma Scotti— es “asaltado” en su propio país por actividades comerciales de un empresario radicado en otro, por lo que, en principio, está menos consciente de los riesgos de la internacionalidad de su relación. De hecho es posible que ignore absolutamente esa internacionalidad, lo cual acentúa su debilidad³⁵.

Sin embargo, es indudable la necesidad de proteger al turista. Tengamos en cuenta que, a pesar de estar frente a un sujeto que conoce, o debería conocer, la internacionalidad de su relación, no es menos cierto que estamos refiriéndonos a prestaciones que habrán de ejecutarse en un lugar donde el turista se encuentra ocasionalmente, por un periodo de tiempo que suele ser breve³⁶. Además, el hecho de ser consciente de estar moviéndose en un ámbito jurídico distinto del propio, no implica conocimiento del mismo y, recordemos que este es el elemento que generalmente se busca garantizar a través de la aplicación, a las relaciones de consumo, del Derecho de la residencia habitual del consumidor³⁷.

2.2. LAS RELACIONES DEL TURISTA INTERNACIONAL Y LA TECNOLOGÍA

Tal como hemos adelantado, el turista es el centro de una serie de complejas relaciones, mediante las cuales podrá llegar a su destino y disfrutar allí de ciertas prestaciones. Así, dentro de estas relaciones hemos de incluir el transporte, no solo el utilizado para trasladarse a destino —que, como hemos afirmado, puede incluir una o varias modalidades—, sino también el transporte local; alojamiento; servicios de alimentación; ingreso a espectáculos deportivos o culturales, entre otros. Antes, el turista recurría a la intermediación de las agencias de viaje para organizar su recorrido, pero la tecnología también ha impactado la forma de hacer turismo, al punto de utilizar la expresión *e-tourism* para referirse a “[t]ransactions realized online as flight, hotel or room reservations”³⁸.

Haciéndose eco de las ideas de Nicholas Negroponte y su obra “*Being Digital*”³⁹, Zheng Xiang identifica dos etapas en las relaciones de la tecnología y el turismo y las denomina “Era de la Digitalización” y “Era de la Aceleración”⁴⁰. En

35 Scotti, Luciana, La (des)protección del ciberconsumidor en América (Una mirada desde la Argentina y Mercosur), en: D. P. Fernández y J. A. Moreno (coord.), **Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)**, Asunción, CEDEP: La Ley Paraguaya, 2007, pp. 519 ss., especialmente p. 531.

36 Madrid Martínez, Servicios, turismo y la protección del consumidor..., ob. cit., pp. 362-363.

37 Ver: Lima Marques, Caudia, La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo, 2001, en: [https:// bit. ly/ 3CKcLrG](https://bit.ly/3CKcLrG)

38 Büyükožkan, Gülçin and Buse Ergün, Intelligent system applications in electronic tourism, en: **Expert Systems with Applications**, 2011, Vol. 38, pp. 6586 ss., especialmente p. 6587.

39 Negroponte, Nicholas P., **Being Digital**, New York, Vintage Books, 1996.

40 Xiang, Zheng, From digitization to the age of acceleration: On information technology and tourism, en: **Tourism Management Perspectives**, 2018, No. 25, pp. 147-150.

la era de la digitalización, ubicada por el autor entre 1997 y 2006, se produjo el desarrollo y consolidación de internet como una herramienta comercial; de manera que mucho del contenido de internet era la versión digital de lo que existía en el mundo real. Para el turismo, esta época supuso la necesidad de comprender y mejorar las utilidades de la tecnología para la comunicación y el compromiso de los consumidores y, por tanto, estaba impulsada por las necesidades del marketing turístico y las oportunidades de negocio.

La era de la aceleración —entre 2007 y 2016— se vincula a la aparición del Wifi, los motores de búsqueda, la red 2.0, los teléfonos inteligentes, el *Internet of the Things*, el *learning machine* y la inteligencia artificial. Es la era de la información, gran parte de la cual es producida por los propios usuarios. La tecnología redefine así la oferta y la demanda, de manera que con mayor conocimiento al que acceden las personas, también hay mayor competitividad entre los prestadores de servicios turísticos. También es la era —debemos añadir— de la masificación de los datos y la conciencia de la necesidad de su protección.

Ahora bien, la inteligencia artificial permite conocer mejor el mercado y las necesidades de los agentes, lo cual posibilita, a su vez, predecir patrones, personalizar el servicio, mejorar las recomendaciones, minimizar los riesgos y optimizar los ingresos a través de algoritmos. Esto nos conduce a pensar en una nueva fase de la era de la aceleración —que se encuentra en plena construcción— y que se vincula al auge de la realidad virtual, la realidad aumentada y el metaverso: es la era del turismo virtual que, impulsado en buena medida por la pandemia, permite a personas afectadas por alguna restricción realizar viajes sin salir de casa⁴¹.

De momento, para el turismo, estas tecnologías inmersivas permiten inspirar compras relacionadas con el sector, pues las experiencias interactivas que recrean entornos del mundo real, brindan al turista una idea clara del lugar que quiere visitar, del hotel en el cual se alojará y del transporte que puede llevarlo a ese lugar. Esta tecnología también puede mejorar la experiencia de reserva, dando información valiosa con una precisión que otros medios no permiten.

Ahora bien, considerando los avances tecnológicos y su impacto en el sector turismo, Bastante Granell realiza una muy interesante categorización del turista⁴². El autor se refiere, en primer término, al “Turista 1.0”, el turista tradicional, que conocía los destinos gracias al “boca a boca” y que organizaba sus viajes a través de las agencias. La irrupción de la tecnología trajo al “Turista 2.0” —el de

41 Fortuna Schiopu, Andreea, Remus Ion Hornoiu, Ana Mihaela Padurean, Ana-Maria Nica, Constrained and virtually traveling? Exploring the effect of travel constraints on intention to use virtual reality in tourism, en: **Technology in Society**, 2022, Vol. 71, No. 102091, pp. 1 ss.

42 Bastante Granell, Víctor, El turista 3.0 o *Adprosumer*: un nuevo reto para el Derecho y la economía, en: **Revista Internacional de Derecho del Turismo**. *RIDETUR*, 2018, Vol. 2, No. 2, pp. 47 ss., especialmente pp. 48-49

la era de la digitalización—, el *Prosumer*, que planifica sus viajes —alojamiento, transporte— a través de internet. Este turista alimenta también la red de información, publicando fotos y opiniones de los destinos visitados. Con el avance de la tecnología aparece el “Turista 3.0”, el *Adprosumer*, un “turista digital, hiperconectado y multicanal”, que planifica y desarrolla sus viajes a través de su teléfono inteligente. El turista 3.0 se encuentra “inmerso en una ‘cultura de interacción’, decisiva para las marcas turísticas” y ejecuta sus decisiones a través de aplicaciones móviles. Respecto de este último se hace incluso referencia al *m-tourism*⁴³.

Así, el turista de hoy se encarga personalmente de la planificación de su viaje y muchas veces contrata, de manera directa, con los prestadores de servicios turísticos. En los casos en que busca intermediación recurre —según hemos referido *supra*— no a las casi olvidadas agencias de viaje, sino a plataformas que funcionan bajo el esquema de economía colaborativa y que le proporcionan información —Trivago o Tripadvisor—, y también el “espacio” para la celebración de contratos de prestación de servicios turísticos de transporte —Expedia o Kayak— o de alojamiento —Airbnb, Booking o Homeforhome. Difícilmente identifiquemos hoy al turista por desplegar un mapa de papel en una plaza: Google Maps le dará la información que necesita en tiempo real⁴⁴.

Como puede fácilmente concluirse, el turista de hoy no es ajeno a la tecnología, pero la tecnología no ha logrado disminuir, según veremos *infra*, los problemas que enfrenta el turista y respecto de los cuales, debido a sus especialmente características, sigue siendo complicado su acceso a la justicia. Por ello nos preguntamos: ¿por qué no alentar que sea precisamente la tecnología el vehículo que le permita hacer reclamaciones y obtener respuesta a sus pretensiones?

3. ACCESO A LA JUSTICIA E INICIATIVAS DE PROTECCIÓN

3.1. ACCESO A LA JUSTICIA

Las particulares características de las relaciones en las que se ve envuelto el turista, lo ponen comúnmente en la posición de acreedor de prestaciones que se ejecutarán en un lugar donde él está de manera ocasional y temporal, lo cual limita considerablemente los tiempos de reclamación. A esta dificultad se añade el hecho de que en temporadas estivales los servicios judiciales suelen prestarse de manera muy limitada. Además, en algunos casos, el prestador del servicio turístico no tiene su sede ni en el lugar de residencia del turista ni en el lugar visitado por este, lo cual añade dificultades a la hora de la determinación de los tribunales

43 Beça, Pedro and Rui Raposo, *m-Tourism 2.0: A Concept Where Mobile Tourism Meets Participatory Culture*, en: *e-Review of Tourism Research*, 2011, Vol. 2. Disponible en: [https:// bit. ly/ 3W6oiIB](https://bit.ly/3W6oiIB)

44 Ver: Bastante Granel, *El turista 3.0 o Adprosumer...*, ob. cit., p. 49.

competentes para conocer del asunto y, desde luego, para la determinación del Derecho aplicable⁴⁵.

Otro inconveniente que podría considerarse como un obstáculo al acceso a la justicia del consumidor turista tiene que ver con la escasa cuantía de algunas de sus transacciones. En muchos casos, es más costoso acudir a los órganos de administración de justicia que hacerse cargo del daño derivado del incumplimiento contractual, al no existir un real equilibrio entre los costos del proceso y los beneficios que eventualmente puedan derivarse del mismo.

Considerando esta circunstancia, algunos ordenamientos jurídicos han implementado sistemas de administración de justicia —en sede judicial o arbitral— para controversias de escasa cuantía, de manera que los consumidores, y entre ellos los turistas, puedan acceder a la administración de justicia y obtener respuestas a sus reclamaciones. No obstante, esta implementación se encuentra, generalmente, con algunos obstáculos. Klausner refiere, por ejemplo, el acceso a asistencia jurídica calificada, que pueda apoyar al consumidor —en nuestro caso, al turista— con información sobre los ordenamientos jurídicos, tanto de su Estado, como del Estado del proveedor. El propio autor también menciona los costos, debido a la eventual necesidad de las partes de desplazarse hasta el lugar del proceso; los problemas relativos a la determinación de la competencia procesal internacional y el Derecho aplicable, debido a la internacionalidad de la relación. Esta misma internacionalidad puede hacer necesaria la comunicación y traslado de documentos fuera del lugar del proceso; y hace necesario considerar las contingencias derivadas de una eventual ejecución de la sentencia fuera del lugar del proceso⁴⁶.

Bien, cuando en su ya clásico trabajo sobre “*El acceso a la justicia*”⁴⁷ Cappelletti y Garth enumeran las “barreras” al ejercicio efectivo de este derecho, hacen referencia a una serie de circunstancias que están particularmente presentes en el caso del turista. Así, los autores se refieren, en primer lugar, al costo del litigio, el cual resulta considerablemente elevado en “la mayoría de las sociedades modernas”, sobre todo considerando lo relativo a los honorarios de los abogados. Según afirman los autores, “[l]as reclamaciones por sumas de dinero relativamente pequeñas son las que más sufren por la barrera del costo” —situación que, según,

45 Ya en otras oportunidades hemos considerado al turismo internacional como una de las causas para incidencia de litigios internacionales. Ver: Madrid Martínez, Claudia y Javier Ochoa Muñoz, Problemas de acceso transnacional a la justicia en el Derecho internacional privado. Perspectiva latinoamericana, en: **XLI Curso de Derecho Internacional**, Washington, Secretaría General de la OEA, 2015, pp. 281 ss., especialmente p. 285 y 289.

46 Klausner, Eduardo Antônio, Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – Sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria, en: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, 2005, Vol. 8, No. 30, pp. 268 ss., especialmente pp. 270-271.

47 Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, **El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos**, (trad. M. Miranda), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 14-21.

hemos mencionado, se verifica en el caso del turista— a lo cual se une la duración de los procesos que, además, de elevar esos costos, ejerce “gran presión sobre la parte económicamente débil para que abandone su reclamación o acepte una cantidad mucho menor a la que tiene derecho”.

El segundo elemento a considerar, según estiman Capeletti y Garth, está vinculado a las diferencias entre el poder de los litigantes. En este apartado, los autores —haciéndose eco de las ideas de Galanter— admiten que hay cierto tipo de litigantes que gozan de ventajas estratégicas en el proceso. Así, quienes tienen mayor capacidad económica “pueden darse el lujo de litigar” y de “soportar los retrasos del litigio”. Entre los litigantes la desigualdad, no obstante, no es solo económica, sino que también puede tener que ver con el conocimiento respecto de la existencia de un derecho que se pueda hacer valer y sobre cómo hacerlo valer. Esta situación nos hace pensar en el caso de un turista reclamando sus derechos frente a un prestador de servicios turísticos, con mayor poder económico y mayor y mejor conocimiento tanto de su negocio, como de las posibles reclamaciones a que este puede dar lugar.

En todo caso, parece clara la necesidad de contar con mecanismos que se adapten mejor a la realidad del turista de hoy, a la vez que garanticen su acceso a la justicia, más allá de ciertos mecanismos administrativos de los que suelen disponer los Estados. Por ejemplo, la Dirección de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pone a disposición de los “consumidores turísticos afectados por las conductas” perjudiciales de los prestadores de servicios turísticos, un correo electrónico para plantear las quejas que puedan tener⁴⁸.

Entre las conductas que pueden dar lugar a quejas se incluye presentar documentación falsa o adulterada al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, o a las entidades oficiales que la soliciten; utilizar publicidad engañosa o que induzca a error al público sobre precios, calidad o cobertura del servicio turístico ofrecido; ofrecer información engañosa o dar lugar a error en el público respecto a la modalidad del contrato, la naturaleza jurídica de los derechos surgidos del mismo y sus condiciones o sobre las características de los servicios turísticos ofrecidos y los derechos y obligaciones de los turistas; incumplir los servicios ofrecidos a los turistas; incumplir las obligaciones frente a las autoridades de turismo; e infringir las normas que regulan la actividad turística.

En el caso de Venezuela, la Ley Orgánica de Turismo ordena al Estado impulsar “la creación de oficinas de Servicio de Atención al Turista Internacional (SATI), para ofrecerles una asistencia personalizada, tras ser víctima de cualquier

48 [https:// bit. ly/ 3XeXBD2](https://bit.ly/3XeXBD2)

infracción penal, a través de un equipo de expertos policiales e informadores intérpretes en su propio idioma o en una lengua internacional”. No tenemos información, no obstante, sobre la creación de estas oficinas y en la página web del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, en la sección de atención al ciudadano, indican un número telefónico, una cuenta en la red social Twitter —que aparece como suspendida⁴⁹— y un correo electrónico, mediante los cuales se ofrece, entre otras cosas, “la atención de denuncias, reclamos, sugerencias o peticiones”⁵⁰.

3.2. LA PROTECCIÓN AL TURISTA INTERNACIONAL: LOS INTENTOS EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

La iniciativa de elaborar un instrumento de protección de los turistas internacionales, que hoy constituye la base de los trabajos la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, con su “*Tourists and Visitors (ODR) Project*”, provino del gobierno brasileño que, en abril de 2013 y contando con el discreto apoyo de algunos Estados latinoamericanos, propuso a la Conferencia la elaboración de una Convención sobre la protección de turistas y visitantes⁵¹. Pero antes de examinar esta iniciativa, recorramos brevemente el lento y tortuoso camino de la protección al consumidor internacional en el ámbito interamericano.

La reacción del Derecho internacional privado interamericano para brindar protección al consumidor internacional⁵² ha estado principalmente en manos de la Organización de Estados Americanos (OEA), y buena parte de las iniciativas se han canalizado a través de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), y especialmente de la profesora Claudia Lima Marques, quien en el curso del Comité Jurídico Interamericano de 2000 en Río de Janeiro, trató el tema de protección de los consumidores en Derecho internacional privado en la región, e incluso presentó una primera propuesta de Convención Interamericana sobre protección del turista y del consumidor en contratos a distancia⁵³.

A partir de esta iniciativa, en 2001 el Comité Jurídico Interamericano incluyó la protección del consumidor como tema a estudiar en la Séptima Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, CIDIP

49 <https://twitter.com/turistavzla?lang=es>

50 <https://bit.ly/3XdIQBs>

51 Info Doc. No 8 of April 2013, en: <https://bit.ly/3ZAdgyo>

52 Lima Marques, Claudia, O novo Direito internacional privado e a proteção processual dos consumidores de bens e serviços estrangeiros ou no exterior, en: **DeCita**, 04. 2005, pp. 261 ss., especialmente pp. 261-262.

53 En el contenido de esta propuesta, Lima Marques reconoce la influencia de doctrina argentina y alemana. Ver: Lima Marques, Claudia y María Laura Delaloye, La Propuesta Buenos Aires. El más reciente avance en el marco de la CIDIP VII de protección de los consumidores, en: **Revista Derecho y Democracia**, 2011, pp. 123 ss., especialmente p. 125.

VII⁵⁴. En 2002, durante las discusiones de la CIDIP VI en Washington, solo se hizo mención del comercio electrónico⁵⁵ y aunque el tema de los consumidores no fue considerado, quedó claro que estaba en la preocupación de algunas delegaciones⁵⁶. En 2005, luego de las consultas correspondientes⁵⁷, la Asamblea General de la OEA decidió que la CIDIP VII estuviera dedicada a las garantías mobiliarias y a la protección del consumidor⁵⁸, por lo que en marzo de 2006 se inició un intenso trabajo en un Foro Virtual de Expertos⁵⁹, del cual resultó una segunda propuesta.

En 2006 la OEA, conjuntamente con los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores de Brasil, realizó una Reunión de Expertos Preparatoria para la CIDIP VII en materia de protección a los consumidores. A esta reunión, celebrada en la Universidade Federal do Rio Grande do Sul, con los auspicios del Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Brasilcon, asistieron más de 50 expertos y delegados de Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos da América, México, Panamá, Paraguay y Uruguay. De esta reunión resultó una tercera propuesta, que fue formalmente presentada en 2007 por el gobierno de Brasil. En 2006, Estados Unidos había presentado tres propuestas de Leyes modelo sobre reparación de reclamaciones monetarias de escasa cuantía; sobre arbitraje electrónico de reclamaciones transfronterizas; y sobre la autoridad gubernamental y una Guía Legislativa sobre reclamaciones de los consumidores⁶⁰. En 2008, Canadá presentó un Anteproyecto de Propuesta de Legislación Modelo sobre Jurisdicción y Leyes Aplicables a los Contratos con el Consumidor⁶¹, el cual fue retirado en 2010 “[c]on miras a facilitar las negociaciones y lograr una forma constructiva de avanzar”⁶².

Durante la sesión constitutiva de la ASADIP, que tuvo lugar en la ciudad de Asunción entre los días 4 y 5 de octubre de 2007, se debatió, entre otras cosas, el tema de los consumidores. Con las discusiones y sugerencias que se hicieron en esa reunión y considerando los trabajos europeos sobre el Reglamento

54 Comité Jurídico Interamericano, **CIDIP-VII y etapas sucesivas CJI/ doc. 74/ 01**, OEA/ Ser. K/ XXI. 6, CIDIP-VI/ doc. 10/ 02, 22 de enero de 2002.

55 CIDIP VI/ Res. 1/ 02, en: <https:// bit. ly/ 3w9HLxr>

56 Ver: Fernández Arroyo, Diego y Paula All, *Apreciación general acerca de la elaboración de una reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores*, presentada al Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA), en: <https:// bit. ly/ 3CJCf8r>

57 AG/ Res. 1923, XXXIII-O/ 03 y AG/ Res. 2033, XXXIV-O/ 04, en: <https:// bit. ly/ 3lPnvZQ>

58 AG/ RES 2065, XXX-O/ 05, en: Asamblea General, *Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General en su Trigésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones*, OEA/ Ser. P; AG/ doc. 4496/ 05, Fort Lauderdale, Florida, 7 de junio de 2005, p. 16.

59 AG/ RES 2217, XXXVI-O/ 06, *Actas y Documentos, Trigésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones*, Santo Domingo, República Dominicana, del 3 al 6 de junio de 2006, Vol. I, p. 231.

60 Ver documentos en: <https:// bit. ly/ 3QHkX1D>

61 OEA/ Ser. G, CP/ CAJP-2652/ 08, 21 de agosto de 2008, en: <https:// bit. ly/ 3khr291>

62 Comunicación de 14 de octubre de 2010, en: <https:// bit. ly/ 3QMIQWU>

593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)⁶³, se elaboró una propuesta de Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo, que fue asumida por el gobierno brasileño y enviada a la OEA para su estudio⁶⁴.

Conviene recordar que, por alguna razón, la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, que tuvo como modelo el entonces vigente Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, no hizo mención alguna de los contratos de consumo, quedando estos expuesto a la solución general del convenio que admite la más amplia libertad de las partes para elegir el Derecho aplicable al contrato⁶⁵.

Ahora bien, con la finalidad de facilitar la aprobación de la propuesta de Convención, las Delegaciones de los gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay se dieron cita en la ciudad de Buenos Aires en una reunión informal de expertos y re-sistematizaron la versión final de la propuesta brasileña presentada a la OEA. De allí resultó la llamada Propuesta Buenos Aires, que contiene el proyecto de Convención interamericana sobre Derecho aplicable a algunos contratos y transacciones internacionales de consumo⁶⁶, cuyo objetivo fue brindar mayor seguridad y protección al consumidor internacional⁶⁷.

La Propuesta Buenos Aires incluyó una norma especial para la determinación del Derecho aplicable a los contratos y transacciones del llamado consumidor activo —categoría en la que, según afirmamos *supra*, estaría incluido el turista. Así, el artículo 5 de la Propuesta admite que las partes puedan elegir el Derecho aplicable a su relación contractual, pero tal elección solo puede referirse al Derecho de lugar de celebración del contrato, al de su ejecución o al Derecho del domicilio del consumidor. Ya en otras ocasiones hemos destacado la inconveniencia de esta solución pues, considerando la debilidad jurídica que caracteriza al consumidor y el hecho de que la mayoría de los contratos en esta materia sean de adhesión, es bastante probable que termine aplicándose el Derecho del lugar de celebración del contrato, máxime si coincide con el lugar de la sede de la empresa prestadora del servicio. Este mismo Derecho resultaría aplicable a falta de elección. Además hemos de apuntar que esta norma no parece regular los casos en que el turista contrata todos los servicios relativos a su viaje desde su propio Esta-

63 [https:// bit. ly/ 3ZAwi7K](https://bit.ly/3ZAwi7K)

64 [https:// bit. ly/ 3iC1dQn](https://bit.ly/3iC1dQn)

65 Ver, por ejemplo, Madrid Martínez, Claudia, Redes sociales y protección de usuarios. Una mirada desde el Derecho internacional privado venezolano, en: I. Canfora e A. Genovese (eds.), **Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato**, Bari, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 239 ss.

66 OEA/ Ser. G, CP/ CAJP-2652/ 08 add. 4 corr. 1, 19 de marzo de 2010, en: [https:// bit. ly/ 3WdQM38](https://bit.ly/3WdQM38)

67 [https:// bit. ly/ 3CPWuS5](https://bit.ly/3CPWuS5)

do. Tampoco se hace referencia, siquiera tangencialmente, a su situación dentro de una relación extracontractual⁶⁸.

Estos avances, sin embargo, no llegaron a buen puerto, pues durante la CIDIP VII, celebrada en 2009 en la ciudad de Washington, solo se adoptó el Reglamento Modelo para el Registro bajo la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁶⁹. Respecto del tema de los consumidores, que estaba en agenda, se afirmó que el mismo sería encomendado al Consejo Permanente, para que este estableciera un grupo de trabajo que finalizara los proyectos presentados sobre la materia. Este grupo de trabajo debería, conforme a la metodología y calendario establecidos por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, y con el apoyo de la Secretaría General, presentar “un informe sobre el progreso de las negociaciones a principios de 2010”. Este informe se discutiría en Brasil, gracias al ofrecimiento del gobierno brasileño, “...preferiblemente durante el primer semestre de 2010”⁷⁰. Hasta el momento no ha habido noticia al respecto.

En la Asamblea General de la ASADIP, celebrada en San José de Costa Rica en 2011, se acordó tomar medidas proactivas para la formulación de una agenda en Derecho internacional privado para la región, acuerdo que cristalizó en la Carta de Rio. Respecto del tema de la protección al consumidor internacional, el texto de la Carta, firmada en Rio de Janeiro el 23 de marzo de 2012⁷¹, supuso un cambio de estrategia por dos razones fundamentales: la primera tuvo que ver con el ámbito material de la regulación buscada, pues se dejó atrás la regulación de todas operaciones internacionales de consumo, para centrarse en el turista; y, en segundo lugar, se daría la espalda a la OEA para centrarse en los trabajos de la Conferencia de La Haya. En efecto, en el punto c de la Carta se propone “[I] a inclusión en la agenda de la Conferencia de La Haya del tema sobre la protección del turista, con énfasis en la cooperación administrativa”. Esta Carta recibió el apoyo de miembros de la ASADIP en Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Posteriormente, en la reunión de la ASADIP Lima en 2012, se volvió a insistir en la necesidad de regular el tema de los consumidores, especialmente en la protección del turista. En efecto, durante esta reunión se consideró importante “...que los órganos de defensa del consumidor se concentren en la protección del turista extranjero, frente a sus dificultades lingüísticas, de tiempo y de poca

68 Madrid Martínez, Servicios, turismo y la protección del consumidor..., ob. cit., pp. 374-375.

69 [https:// bit. ly/ 3QInuJa](https://bit.ly/3QInuJa)

70 CIDIP VII, Acta Final, Washington, 7 a 9 de octubre de 2009, OEA/ Ser. K/ XXI. 7, CIDIP-VII/ doc. 9/ 09 rev. 2, 28 de octubre de 2009, p. 2.

71 [https:// bit. ly/ 3XxQWDC](https://bit.ly/3XxQWDC)

información sobre dónde poder acudir en caso de tener problemas en el extranjero⁷². En esa misma ocasión, se efectuó un congreso paralelo en el que se estudió la protección de los turistas como consumidores, con la asistencia del gobierno brasileño.

En abril de 2013, el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya recibió la Propuesta de Convención de Cooperación en materia de Protección de los Visitantes y Turistas Extranjeros, formalmente presentada por el gobierno de Brasil y aceptó incluirla en su temario, con el apoyo de las delegaciones de Argentina, Perú, Uruguay, China, la Unión Europea, Estados Unidos, África del Sur, y de la ASADIP⁷³. La propuesta original —que contiene un formulario para asentar las reclamaciones de los turistas— fue elaborada por la profesora Lima Marques, quien se inspiró “...en el pragmatismo de los modelos de cooperación *soft* del Mercosur y de cooperación fuerte de la Unión Europea y su ECCNet⁷⁴”.

Estos modelos —el de Mercosur y el la Unión Europea— se han tenido muy presentes durante las discusiones en el seno de la Conferencia de La Haya que, actualmente, trabaja en la posibilidad de aprobar un instrumento de *Soft Law*, sobre *On Line Dispute Resolución* —ODR— para los turistas. Los documentos que han emanado del grupo de expertos promovido por la propia Conferencia de La Haya serán analizados *infra*. Antes debemos explorar algunas nociones generales sobre los ODR.

4. ODR Y PROTECCIÓN AL TURISTA INTERNACIONAL

4.1. NOCIONES BÁSICAS

En sus Notas Técnicas sobre la solución de controversias en línea⁷⁵, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI) entiende que estos mecanismos permiten resolver las controversias derivadas de operaciones transfronterizas (punto 1), “de manera sencilla, rápida, flexible y segura, sin necesidad de estar presente físicamente en una reunión o una audiencia” (punto 2). El punto 2 de las Notas destaca que estos mecanismos abarcan “una amplia gama de enfoques y formas (por ejemplo, el mecanismo del *ombudsman*, las juntas de reclamaciones, la negociación, la

72 Lima Marques, Claudia, Los esfuerzos de ASADIP para incluir el tema de la protección del turista en la agenda de trabajo de la Conferencia de La Haya y la Propuesta de “Convención de cooperación en materia de protección de los visitantes y turistas extranjeros”, en: J. Moreno y D. Fernández (coords.), **Derecho internacional privado y Derecho de la Integración. Libro Homenaje a Roberto Díaz Labrano**, Asunción, CEDER 2013, pp. 293 ss., especialmente 294.

73 Info Doc. No 8 of April 2013, en: [https:// bit. ly/ 3GGwGZJ](https://bit.ly/3GGwGZJ)

74 Lima Marques, Los esfuerzos de ASADIP, ob. cit., p. 295.

75 CNUDMI, **Notas técnicas sobre la solución de controversias en línea**, Nueva York, Naciones Unidas, 2017, p. 1. Disponibles en: [https:// bit. ly/ 3CJaey3](https://bit.ly/3CJaey3)

conciliación, la mediación, el arreglo facilitado, el arbitraje y otros), incluidos los procesos híbridos que pueden llegar a existir, con elementos tanto el línea como fuera de línea”.

Aunque los *Online Dispute Resolution* (ODR) carecen de una definición uniforme, tienen en común —según afirma Koulu— la implementación de la tecnología para resolver disputas con el objetivo de manejar de forma más eficiente los conflictos, lo cual permite al justiciable acceder a una respuesta a su reclamación, bajando considerablemente los costos propios de la administración de justicia⁷⁶. Los ODR, como formas de solución de disputas que pueden conducirse total o parcialmente en ambientes virtuales, funcionan a través métodos alternativos (*Alternative Dispute Resolution, ADR*)⁷⁷.

Tal como indica Cortés, el origen del acrónimo ODR está precisamente en la sinergia entre el concepto de ADR y las tecnologías de la información y la comunicación “*as a method of resolving disputes that were rapidly arising online, and for which traditional means of dispute resolution were inefficient or unavailable*”. Así —estima Cortés— cuando el proceso se lleva a cabo principalmente en línea, se denomina ODR, es decir, la presentación inicial, la designación del árbitro, los procesos probatorios, las audiencias orales en caso de ser necesarias, los debates e incluso los acuerdos vinculantes se realizan en línea. Esto no excluye, como hemos afirmado, que existan procesos híbridos, que se desarrollan en parte en línea y en parte fuera de ella⁷⁸. Además, desarrollándose en línea es posible que en algunos casos la comunicación sea síncrona y en otros asíncrona⁷⁹.

Según admite la doctrina, los ODR más utilizados en la práctica son la mediación y el arbitraje y, en menor medida, la negociación⁸⁰. Aunque algunos autores muestran cierto temor ante la posible masificación de estos mecanismos⁸¹, los beneficios del recurso a estos, sobre todo en controversias que vinculan a consumidores —y en nuestro caso a turistas— internacionales son innegables.

76 Koulu, Riikka, Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement, en: **Scripted**, 2016, Vol. 13, No. 1, pp. 40 ss., especialmente p. 42.

77 “*Online dispute resolution constitutes an implementation of existing forms of ADR that enables its use on the Internet*”. Mania, Karolina, Online dispute resolution: The future of justice, en: **International Comparative Jurisprudence**, 2015, No. 1, pp. 76 ss., especialmente p. 78.

78 “*ODR is normally understood as a different medium to resolve disputes, from beginning to end, respecting a minimum of due process principles*”. Ver: Cortés, Pablo, Online Dispute Resolution Services: A Selected Number of Case Studies, en: **Computer and Telecommunications Law Review**, 2014, Issue 6, pp. 172 ss., especialmente p. 172.

79 Lodder, Arno R. and John Zeleznikow, **Enhanced Dispute Resolution Through the Use of Information Technology**, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 73.

80 “*The number of electronic forms of alternative methods for dispute resolution changes over time, but mediation (74% of ODR providers) and arbitration (40% of ODR providers) are most frequently used. Just behind these is negotiation*”. Mania, Online dispute resolution..., ob. cit., p. 79.

81 Benjamin G. Davis citado en Rodríguez Carrera, Luis, Principios y estándares en el renovado mundo de la solución de controversias por medios electrónicos (ODR). Instrumentos de Derecho transnacional, en: Principia, **Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteavila**, 2020, No. 3, pp. 112 ss., especialmente p. 117.

Tengamos en cuenta —tal como nos recuerda Cortés— que en las relaciones de consumo, el consumidor ya ha realizado el pago, lo cual, aunado a la experiencia que suele tener el proveedor de bienes y servicios tratando con litigios similares, acentúan su debilidad. Así, para el consumidor, el ODR representa la oportunidad de tener acceso a una respuesta innovadora a su problema, que de otra manera permanecería sin solución, debido a los altos costos de un litigio tradicional⁸². Sin embargo, esta característica enfrenta a los ODR al particular desafío de ser realmente accesibles a los consumidores, a la vez que seguros. Tengamos en cuenta que la seguridad es el talón de Aquiles del mundo electrónico y los ODR no escapan a esta realidad⁸³.

Al respecto, Cortés sistematiza las ventajas y las dificultades que los ODR pueden representar para las partes⁸⁴. Entre las ventajas destaca la economía, en términos de tiempo —las partes pueden actuar en el momento que consideren más conveniente, teniendo una disponibilidad 24/7— y de costos, debido a que los desplazamientos no son necesarios y la mayoría de estos mecanismos permiten que las partes se representen a sí mismas. Otra ventaja tiene que ver con lo que le autor llama la comodidad del procedimiento, al permitirse a las partes utilizar comunicaciones asíncronas —lo cual les da tiempo de pensar sus argumentos sin presiones—; recurrir a mecanismos informales de comunicación y trabajar en la solución de sus disputas. Además, las partes pueden acompañadas por terceras partes neutrales. Cortés añade que las ventajas generalmente reconocidas a los ADR se unen a la tecnología, dando a las partes un mayor control sobre el proceso y sobre la decisión, lo cual incrementa, respecto de esta última, las posibilidades de llegar a un acuerdo y fomenta su cumplimiento. En definitiva, los ODR son el mecanismo adecuado para las disputas online.

Sin embargo, estos mecanismos también presentan algunas dificultades y la falta de contacto personal figura en primer lugar, privando a las partes de poder evaluar el lenguaje corporal, el tono de voz y las expresiones faciales del otro. El no estar familiarizado con la tecnología también podría convertirse en un problema, al igual que las barreras relativas al idioma e incluso la falta de regulación de estos mecanismos. El carácter voluntario de estos medios puede jugar también en contra, pues no puede obligarse al consumidor o al proveedor de bienes y servicios a acudir a estas formas de resolución de litigios.

82 Cortes, Pablo, Online Dispute Resolution for Consumers, en: M. Wahab, E. Katsh and D. Rainey (eds.), **Online Dispute Resolution: Theory and Practice**, The Hague, Eleven International Publishing, 2012, pp. 139 ss., especialmente p. 140.

83 Ver: Abedi, Fahimeh, John Zeleznikow and Chris Brien, Developing regulatory standards for the concept of security in online dispute resolution systems, en: **Computer Law & Security Review**, 2019, Vol. 35, Issue 5, pp. 1 ss.

84 Cortés, Pablo, **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**, London, Routledge, 2011, pp. 56-59.

Ahora bien, si con los ODR se busca determinar —indica Koulu— cómo proporcionar una solución eficiente en transacciones contractuales transfronterizas entre partes desconocidas, y cómo organizar la resolución de la disputa contractual y facilitar la ejecución de la decisión para mantener la confianza en el mercado en línea⁸⁵, tal parece que pueden resultar de gran utilidad para las vicisitudes que vive el turista internacional que, además de sus particulares características, es un individuo que, como hemos afirmado *supra*, está cada vez más habituado a organizar sus relaciones a través de la tecnología.

En todo caso, la búsqueda de una solución eficiente, aunque se vincula directamente a la evolución de la tecnología⁸⁶ y las posibilidades que esta pueda ofrecer, incluidas, hoy en día, las herramientas propias de la Inteligencia Artificial, ha de centrarse en la sustancia del problema. Ya desde 2005 Lodder y Zeleznikow⁸⁷ habían propuesto un modelo para el funcionamiento de los ODR en tres pasos⁸⁸, partiendo de la idea según la cual los ODR deben funcionar como un espacio virtual en el cual los contendientes tengan a su disposición una variedad de herramientas para la resolución de sus disputas y puedan seleccionar la herramienta que consideren más apropiada para su conflicto.

El modelo Lodder-Zeleznikow tiene, como hemos afirmado, tres pasos que han de verificarse en un orden fijo: en primer lugar, la herramienta de apoyo a la negociación debe proporcionar información sobre el resultado o resultados probables del litigio si la negociación fracasara, es lo que los autores llaman la “*best alternative to a negotiated agreement*” o BATNA. En segundo lugar, la herramienta debe intentar resolver cualquier conflicto existente utilizando técnicas de argumentación o diálogo; y, finalmente, en las cuestiones no resueltas en el segundo paso, la herramienta debe emplear técnicas de análisis de decisiones y de estrategias de compensación para facilitar la resolución del conflicto.

No obstante la evidente utilidad que estos mecanismos pueden revestir, su regulación y es aún bastante escueta y ello es reconocido, según hemos apuntado antes, como una barrera para convertirse en herramientas efectivas de acceso a la justicia. De hecho, los mayores avances se han dado en materia de consumo y, aunque el turista ha sido reconocido como un consumidor, es probable que las regulaciones existentes deban adaptarse a las características particulares de las re-

85 Koulu, Riikka, Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement, en: **Scripted**, 2016, Vol. 13, No. 1, pp. 40 ss., especialmente p. 41.

86 Sobre la evolución de los ODR: Cortés, **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union...**, ob. cit., pp. 54-56; Mania, Online dispute resolution..., ob. cit., pp. 77-78.

87 Lodder, Arno R. and John Zeleznikow, Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Systems in a Three Step Mode, en: **The Harvard Negotiation Law Review**, 2005, Vol. 10, pp. 287 ss.

88 Y en 2012, vuelven sobre esa idea: Lodder, Arno R. and John Zeleznikow, Artificial intelligence and online dispute resolution, en: M. Wahab, E. Katsh and D. Rainey (eds.), **Online Dispute Resolution: Theory and Practice**, The Hague, Eleven International Publishing, 2012, pp. 73 ss., especialmente p. 74.

laciones de turismo. Es esto, precisamente, en lo que trabaja la Conferencia de La Haya con su *Tourists and Visitors (ODR) Project* iniciado, según hemos afirmado, con la propuesta brasileña.

4.2. ALGUNAS INICIATIVAS

4.2.1. Los ODR y los consumidores en el ámbito interamericano

Tal como hemos analizado en oportunidades anteriores⁸⁹, la OEA ha estudiado la posibilidad de diseñar medios de solución de disputas vinculadas a las relaciones de consumo. De hecho, a partir de la propuesta de la delegación de Estados Unidos, esta posibilidad estuvo en la agenda de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado en 2010. Al respecto, Estados Unidos puso sobre la mesa un Borrador de Ley / Marco Cooperativo Modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico, y un Borrador de Normas Modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico. Estas propuestas estuvieron acompañadas de un formulario electrónico de inicio y un formulario de laudo electrónico⁹⁰, ambos anexos a la Guía Legislativa para una Ley Interamericana respecto a la disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución a favor de los consumidores⁹¹.

La citada Guía, teniendo en cuenta las diferencias en los Derechos estatales de la región en materia de protección de consumidores, establece "...un marco común y flexible de principios generales para permitir a los Estados miembros de la OEA mejorar el acceso a la restitución a favor de los consumidores, en lugar de una ley modelo única para todos los Estados miembros" (párr. 1.4), con el objetivo de "...promover la adopción de mecanismos eficientes para lograr una restitución efectiva en los casos apropiados en los cuales los consumidores sufran un daño económico en las operaciones de empresa a consumidor, así como proporcionar principios, ejemplos y modelos que sean de utilidad" (párr. 1.2). La restitución, tal como asume la propia Guía, puede consistir en "...la compensación de un daño económico, ya sea de naturaleza monetaria (por ej., pago voluntario, daños y perjuicios, restitución u otra compensación monetaria) ...", o en "...una conducta con elementos restitutivos (por ej., el canje de bienes o servicios, el cumplimiento específico, la anulación o la rescisión de un contrato) ...". Incluso pueden proceder ambas opciones (párr. 6.4).

89 Madrid Martínez, Medios electrónicos de pago en el comercio internacional..., ob. cit.,

90 [https:// bit. ly/ 3H5FTfj](https://bit.ly/3H5FTfj)

91 [https:// bit. ly/ 3QCD3BX](https://bit.ly/3QCD3BX)

La Guía, antes que establecer un procedimiento detallado, dicta lineamientos y directrices para que los Estados establezcan soluciones a los temas relativos al Derecho de consumo que garanticen la debida restitución. Para llevar adelante esta tarea, este instrumento empieza por definir al consumidor, de una manera que se aparta un poco de la tradición latinoamericana al calificarlo como “...una persona natural que actúa en una operación comercial a efectos del uso personal, familiar o del hogar, y no para fines de reventa u otra actividad comercial”. Destacamos esta separación con la tradición latinoamericana, pues nuestros sistemas, a diferencia de los europeos, consideran que las personas jurídicas pueden ser calificadas como consumidores. Además, en Latinoamérica, la noción de consumidor está mayoritariamente vinculada con la noción de destino final. Ambos criterios son dejados de lado por el concepto de la Guía, que no hace referencia a las personas jurídicas y asume —como la Ley 1480 de 2011 en Colombia— una mezcla entre los criterios europeo e interamericano, al hacer referencia al destino final con la expresión “no para fines de reventa” y al “uso personal, familiar y del hogar”.

El acceso a la justicia de los consumidores es garantizado, en el ámbito de la Guía, con el recurso a tres mecanismos: los servicios alternativos de solución de controversias; las Comisiones o Consejos de reclamos de consumidores; y los procedimientos simplificados para reclamos de menor cuantía. El primero de los mecanismos mencionados —que incluye la posibilidad de resolver las controversias en línea— permite que consumidores y empresas lleguen a un acuerdo extrajudicial, o, en caso contrario, los consumidores pueden presentar sus reclamos ante un organismo público para su investigación y resolución.

Las Comisiones o Consejos admiten reclamos de consumidores remitidos por asociaciones industriales autoreguladas; y, los procedimientos simplificados para reclamos de menor cuantía ofrecen a los consumidores la oportunidad de obtener una decisión judicial, a través de procedimientos expeditos y menos formales que los utilizados tradicionalmente. Estos procedimientos pueden presentarse ante tribunales especializados o ante la autoridad administrativa competente.

El Borrador de Ley/Marco Cooperativo Modelo para la solución electrónica de controversias transfronterizas de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico, por su parte, tiene por objeto del borrador crear “..una iniciativa patrocinada a nivel estatal a efectos de resolver las controversias transfronterizas en el ámbito del comercio electrónico utilizando mecanismos de solución en línea (*Online Dispute Resolution u ODR*)...”. Se trataría de un sistema electrónico multiestatal para la negociación, mediación y arbitraje de reclamos de escasa cuantía, que tiene por finalidad la promoción de la confianza de los consumidores, “...al proporcionar mecanismos expeditos para la solución y ejecución

de decisiones para los reclamos de los consumidores que trascienden fronteras, idiomas y diferencias legales”.

Lamentablemente, estas propuestas de Estados Unidos no tuvieron eco en el sistema de codificación de la OEA. En su momento, la propuesta fue cuestionada por dar cabida a un “foro de exportación”, que busca trasladar al ámbito interamericano, instituciones procesales propias del Derecho interno estadounidense, como las *class actions* y las *small claims*, dejando con ello de lado que la función las Conferencias de la OEA es instaurar “...un verdadero diálogo entre los países en la búsqueda de alternativas que puedan resolver los problemas comunes y no simplemente ejecutar el traspaso de soluciones adoptadas individualmente al ámbito interamericano”⁹².

4.2.2. El caso del Mercosur

El Mercosur ha demostrado una constante preocupación por la protección de los consumidores⁹³. Respecto del consumidor turista⁹⁴ hemos de destacar el Acuerdo interinstitucional de entendimiento entre los organismos de defensa del consumidor de los Estados Parte del MERCOSUR para la defensa del consumidor visitante⁹⁵, resultado de una política de cooperación que apuntaba a que los reclamos de los turistas, respecto de su relación de consumo, fueran atendidos en cualquier Estado del Mercosur. Alposta afirma que, de hecho, en 2012 se implementó un programa piloto en las ciudades de Buenos Aires, Montevideo, Punta del Este, Rio de Janeiro y São Paulo⁹⁶.

En 2010, durante la reunión del Comité Técnico No. 7 de Mercosur, que tiene a su cargo los temas de defensa del consumidor, acordó, entre otras cosas, “el compromiso para trabajar en la armonización de un Sistema de Información MERCOSUR de Defensa del consumidor (SIMDEC) y el diseño consensuado de un Formulario de Reclamaciones en el marco del Acuerdo Interinstitucional para la Protección del Consumidor Visitante. El trabajo servirá, entre otras instancias, para atender reclamos de los consumidores ocasionados durante el próximo Mundial de Fútbol y los Juegos Olímpicos, que se desarrollarán en Brasil”.

92 Klein Vieira, Luciane, **Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos**, Buenos Aires, Montevideo, Euros Editores, B de F, 2013, p. 183.

93 Madrid Martínez, Claudia, Usuarios de plataformas digitales de intermediación y Derecho internacional privado en MERCOSUR, en: C. Lima, L. Klein y S. S. Barocelli (orgs.), **Los 30 años del MERCOSUR: Avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor**, Buenos Aires, IJ Editores, 2021.

94 Ver: Suzart Lopes da Silva, Ana Clara, **A proteção do consumidor turista no mercosul: uma análise sobre a efetividade dos mecanismos de integração**, Belo Horizonte, Dialética Editora, 2020.

95 Buenos Aires, 2 de junio de 2004.

96 Alposta, María Soledad, Los derechos del consumidor en el Mercosur. El proceso de armonización normativa y los derechos del consumidor comunitario, en: L. Scotti y F. Floreal (dir.), **Mercosur: a 30 años de su nacimiento. Selección de ponencias en conmemoración del 30º aniversario del nacimiento del Mercosur**, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2021, pp. 165 ss., especialmente pp. 204-205

En la reunión de 2012, la delegación uruguaya presentó el mencionado formulario⁹⁷, al no que hemos tenido acceso.

De manera general, respecto del acceso a la justicia del consumidor, la Resolución No. 37/2019 referida a la protección al consumidor en el comercio electrónico⁹⁸ exhorta, en su artículo 8, a los Estados parte a propiciar que los proveedores adopten “mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo”, de manera que los consumidores puedan tener acceso a una solución a sus reclamos, considerando en particular los casos de consumidores en “situación vulnerable y de desventaja”.

Así, en ese mismo año se aprobó, mediante el Decreto No. 17/2019, el Plan de Acción para desarrollo y convergencia de plataformas digitales para la solución de conflictos de consumo en los Estados parte⁹⁹. El objetivo fundamental del Plan es la implementación de “canales digitales de solución de conflictos de consumo en todos los Estados parte”, a partir de la experiencia brasileña con la plataforma consumidor.gov.br, “servicio público en funcionamiento que posibilita una interlocución directa entre consumidores y proveedores para la solución de conflictos, dispensada la intervención del Estado en la tratativa individual, en un ambiente público totalmente transparente”.

4.2.3. Las iniciativas de la Unión Europea

En el marco de la Unión Europea, el Reglamento No. 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo¹⁰⁰ se propone “...contribuir, a través de la consecución de un elevado nivel de protección del consumidor, al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular de su dimensión digital...”, e implementar “...una plataforma europea de resolución de litigios en línea que facilite la resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes en línea de forma independiente, imparcial, transparente, eficaz y equitativa” (art. 1). Cuando el servicio turístico es prestado a través de medios electrónicos, como ocurre con las plataformas colaborativas, un sistema de resolución de disputas que también se maneja por medios electrónicos resulta sin duda idóneo¹⁰¹.

97 Rojo, Martina L., Datos tomados de: La defensa del consumidor en el MERCOSUR, en: **Aequitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador**, 2012, Vol. 6, No. 6, en: [https:// bit. ly/ 3IQgOqi](https://bit.ly/3IQgOqi)

98 Santa Fe, 15 de julio de 2019.

99 Bento Gonçalves, 4 de diciembre de 2019.

100 Reglamento (UE) No. 524/ 2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) No. 2006/ 2004 y la Directiva 2009/ 22/ CE, en: [https:// bit. ly/ 3GyLu08](https://bit.ly/3GyLu08)

101 Rico Carrillo, Mariliana, La contratación bancaria electrónica en el Derecho español, en: E. Ibarra y R. Romero (coords.), **Juris-mática. El Derecho y las nuevas tecnologías**, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2010, pp. 459 ss., especialmente p. 485.

De conformidad con su artículo 2.1, el Reglamento 524/2013 “...se aplicará a la resolución extrajudicial de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios **celebrados en línea** entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa incluida en la lista con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Directiva 2013/11/UE en la que intervenga una plataforma de resolución de **litigios en línea**” (resaltados nuestros).

El propio Reglamento limita su aplicación a los contratos de compraventa o servicios celebrados en línea, es decir, contratos en los que “...el comerciante o su intermediario haya ofrecido mercancías o servicios a través de un sitio de internet o por otros medios electrónicos y el consumidor haya encargado dichas mercancías o servicios en dicho sitio de internet o por otros medios electrónicos” (art. 3,1,e).

La Comisión tiene el deber de desarrollar la plataforma para resolución de litigios en línea y esta, de acuerdo con el artículo 5.2 del Reglamento, “...constituirá una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Será un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión”. La Comisión también será responsable del funcionamiento de la plataforma, lo cual incluye, según el artículo 5.1, las funciones de traducción, el mantenimiento, la financiación y la seguridad de los datos con los cuales esta opere, además tendrá la obligación de ofrecer “...acceso a la plataforma de resolución de litigios en línea, de modo apropiado, a través de sus sitios de internet, proporcionando información a los ciudadanos y a las empresas de la Unión y, en particular, a través del portal ‘Tu Europa’ creado de conformidad con la Decisión 2004/387/CE” (art. 5,3). En cumplimiento de estas disposiciones, ya la plataforma cuenta toda la información necesaria para su funcionamiento, indicando las controversias que pueden plantearse y los pasos a seguir para llegar a su solución¹⁰².

La accesibilidad y la protección de los datos personales han de estar presentes durante todo el proceso de desarrollo, funcionamiento y mantenimiento de la plataforma, así lo establece el artículo 5.1 al disponer que “...se velará por el respeto de la intimidad de sus usuarios desde la fase de diseño (‘protección de la intimidad mediante el diseño’) y por que, en la medida de lo posible, dicha

102 [https:// europa.eu/ youreurope/ advice/ index_ es. htm](https://europa.eu/youreurope/advice/index_es.htm)

plataforma sea accesible y utilizable por todas las personas, incluidos los usuarios vulnerables (‘diseño para todos’).

Para más detalles respecto de la plataforma, el artículo 5.4 establece que, entre las funciones con las que esta deberá cumplir, están las siguientes: facilitar un formulario electrónico para la reclamación; informar del reclamo a la parte reclamada; determinar la entidad competente para la resolución alternativa que las partes hayan elegido y transmitirle la reclamación; ofrecer, gratuitamente, un sistema electrónico de tramitación de asuntos para que el procedimiento se tramite mediante la plataforma; proporcionar a las partes y a la entidad elegida la traducción de la información necesaria y el intercambio a través de la propia plataforma; facilitar un formulario electrónico para que la entidad elegida transmita la información a las partes; proporcionar un sistema de comentarios para que las partes expresen su opinión respecto del funcionamiento de la plataforma y de la entidad elegida.

No debemos dejar de mencionar, respecto de la Unión Europea, el Reglamento de ejecución (UE) 2015/1051 que complementa al Reglamento (UE) No. 524/2013¹⁰³. Este instrumento tiene por objeto regular las modalidades de “a) el impreso electrónico de reclamación; b) el ejercicio de funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea (plataforma RLL); c) la cooperación entre los puntos de contacto de resolución de litigios en línea” (art. 1), de manera de facilitar el proceso en la plataforma.

4.2.4. El silencio de Venezuela y la “SIC Facilita” de Colombia

En Venezuela no existen, de momento, mecanismos de ODR a la orden de los turistas, más que la información antes señalada en la página del Ministerio con competencia en materia de turismo. Tampoco existen procesos de escasa cuantía a los que el turista pueda tener acceso, con lo cual, cualquier reclamación de un turista internacional en Venezuela pasa por el sometimiento a un procedimiento ordinario, con las conocidas demoras del sistema venezolano.

Administrativamente, la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, que es el organismo encargado de la educación y defensa de los consumidores, ha puesto a disposición de la ciudadanía un portal para el registro de denuncias¹⁰⁴ y, según reconoce en su página web, también

103 Reglamento de Ejecución (UE) 2015/ 1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) No. 524/ 2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, en: [https:// bit. ly/ 3ISuLnA](https://bit.ly/3ISuLnA)

104 [https:// bit. ly/ 3XAmiK5](https://bit.ly/3XAmiK5)

atiende reclamos a través de sus redes sociales¹⁰⁵. No hemos podido tener acceso a los resultados de estas gestiones o sobre la eficacia de las mismas. No obstante, como hemos afirmado en otras oportunidades, el esquema de protección al consumidor en Venezuela se encuentra desmantelado, y lo poco que queda está más enfocado en sancionar a los proveedores de bienes y servicios, que en proteger a los consumidores¹⁰⁶.

Esperemos que la apertura que está experimentando Venezuela en materia de turismo internacional¹⁰⁷, alerte a las autoridades competentes sobre la necesidad de contar con mecanismos de protección que, a la vez de garantizar el disfrute de los derechos por parte de los turistas, contribuya a consolidar al país como un destino turístico con muchos que ofrecer.

En el caso de Colombia, podemos referir una experiencia interesante que, si bien no está especialmente dirigida a los turistas, los incluye en su condición de consumidores. Nos referimos a la plataforma “SIC Facilita”. En efecto, siendo el órgano competente para inspeccionar, vigilar y controlar a los agentes del mercado en orden a proteger los derechos de los consumidores, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha implementado esta plataforma como una “herramienta gratuita de resolución de conflictos”, en la que la propia Superintendencia “actúa como facilitadora entre consumidores y proveedores, quienes voluntariamente pueden gestionar acuerdos amigables en situaciones de conflicto derivadas de sus relaciones de consumo”. Se trata de “un espacio virtual en tiempo real, para facilitar soluciones en un tiempo considerablemente menor y sin la necesidad de adelantar un proceso de demanda o denuncia al interior de la SIC”. Esta herramienta ofrece soluciones en temas relativos a las garantías de productos o servicios; los servicios de telecomunicaciones (internet, telefonía y televisión); la suplantación de identidad y reportes a centrales de riesgo¹⁰⁸.

En esta plataforma, la SIC propicia que sean las mismas partes las que lleguen a un acuerdo respecto de las materias reguladas por la Ley 1480 de 2011, y ese acuerdo tendrá el valor de una transacción que, en los términos del artículo 2483 del Código Civil colombiano, “produce el efecto de cosa juzgada”. El procedimiento es bastante sencillo, y se lleva a cabo enteramente en la página web de la Superintendencia a través de un chat que esta pone a disposición de las partes¹⁰⁹.

105 [https:// bit. ly/ 3GD8CqN](https://bit.ly/3GD8CqN)

106 Madrid Martínez, Claudia, Las cláusulas abusivas y los contratos de adhesión. Una mirada desde el silencio del Derecho venezolano de los contratos, en: **Revista Venezolana de Derecho Mercantil**, 2021, Primera Edición Especial, pp. 237 ss., especialmente p. 258.

107 La historia del primer crucero europeo que llega a Venezuela en 15 años, en: [https:// bit. ly/ 3XaWUuv](https://bit.ly/3XaWUuv)

108 [https:// bit. ly/ 3Zz3gWa](https://bit.ly/3Zz3gWa)

109 Ver Términos y Condiciones de Uso: [https:// bit. ly/ 3X7JLSS](https://bit.ly/3X7JLSS)

Según reconoce la propia Superintendencia, esta forma de resolver los conflictos tiene beneficios evidentes para ambas partes, al permitir generar soluciones rápidas y eficaces; ahorrar tiempo y recursos humanos y financieros que los empresarios pueden destinar a la atención de los conflictos sobre Derecho del consumidor; promueve la cultura de servicio al cliente o de atención al consumidor a través de la solución pronta y efectiva de sus reclamaciones; evita los riesgos derivados de la solución judicial de los conflictos sobre Derecho del consumidor, referidos en particular a la duración de los procesos, las sanciones pecuniarias y la insatisfacción del cliente; y aumenta los niveles de satisfacción del consumidor. La plataforma permite orientar e informar a las partes de manera gratuita¹¹⁰.

4.3. EL TURISTA Y LOS TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

Tal como mencionamos *supra*, la necesidad de protección al turista internacional hizo presencia en la Conferencia de La Haya, gracias a la iniciativa del gobierno brasileño que, además de proponer el tema, presentó a la consideración de la Conferencia, un Proyecto de Convención sobre la Cooperación para la Protección de Turistas y Visitantes Extranjeros, juntamente con una guía explicativa, respecto de la protección de los turistas¹¹¹. El Proyecto de Convención, fundamentado en principios de cooperación jurídica internacional, tiene por objeto establecer las condiciones de conformidad con las cuales la Autoridad Central y las autoridades competentes de los Estados contratantes deberían cooperar y facilitar el acceso a la justicia y a la ayuda administrativa para turistas extranjeros (art. 1.1).

Es llamativa la amplitud de la definición de “turista y visitante extranjero” que contiene el Proyecto, en su artículo 2.1: se trata de una persona habitualmente residente en un Estado contratante viajando a un destino, llegando o haciendo un viaje a un Estado extranjero o que está ya en un Estado distinto de aquel en el que tiene su residencia habitual. Esa estancia puede obedecer a ocio, a negocios, a conferencias, o a propósitos educativos, religiosos, o para cualquier fin personal distinto de ser empleado por una entidad residente del país visitado. El turista —de acuerdo con la misma norma— tiene la condición de consumidor de acuerdo el Derecho del Estado receptor o del Estado de origen —y tal calificación es una obligación *ex* artículo 6.1. La norma incluye, además, al visitante de un día y a los estudiantes extranjeros no permanentes “*without regard to the length of the stay in the receiving State*”. Curiosamente, la norma cierra con una remisión a la definición de turista aceptada por la Organización Mundial del Turismo —referida

110 [https:// bit. ly/ 3QEHrjL](https://bit.ly/3QEHrjL)

111 Prel. Doc. No 11 of April 2013, en: [https:// bit. ly/ 3kiHkhR](https://bit.ly/3kiHkhR)

supra— que sí reconoce un tiempo específico para el alejamiento del entorno habitual.

Ahora bien, el Proyecto de Convención resulta aplicable, no solo al incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de los contratos celebrados con los prestadores de servicios turísticos, sino que también podría aplicarse a medidas urgentes de protección de turistas y visitantes internacionales, independientemente de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual, en caso de accidentes de viaje, o accidentes climáticos, nucleares o catastróficos, sin perjuicio de la aplicación de normas especiales, o de Convenciones que establezcan un tratamiento preferencial para cierta categoría de viajeros, turistas o consumidores (art. 3.1).

El Capítulo II del Proyecto se centra en lo relativo a la cooperación y la asistencia legal, estableciendo obligaciones en cabeza tanto del Estado receptor —el que recibe al turista— como del Estado de origen —aquel en el cual habitualmente reside el turista. El primero, tal como hemos afirmado antes, debe reconocer al turista como un consumidor y proporcionarle toda la ayuda disponible en sede administrativa o en sede judicial (art. 6.1).

La cooperación del Estado receptor para asegurar la mutua asistencia, accesibilidad y reconocimiento de las reclamaciones hechas en los Estados parte en el tratado, puede consistir, en primer lugar, en tomar todas las medidas posibles para informar y aconsejar al turista, directa o indirectamente, sobre sus derechos y las posibilidades de tomar medidas legales, para lo cual se utilizará el formulario anexo a la Convención; en segundo lugar, indicar cuáles son las autoridades competentes en la región para asesorar y dirigir denuncias, conforme a las leyes de este país; en tercer lugar, poner al turista en contacto con las autoridades competentes para la protección del consumidor, tribunales de menor cuantía o servicios legales gratuitos; en cuarto lugar, registrar el caso, conservando todos los datos por 5 años y cooperar con la Autoridad Central y las autoridades competentes para la protección de los consumidores en los demás Estados Contratantes; y, finalmente, mantener y desarrollar el formulario sugerido en el Anexo I en sus propios idiomas e informar a todas las Autoridades Centrales de los principales cambios normativos que puedan tener impacto en la protección de los turistas o consumidores (art. 6.2).

El Estado de origen, por su parte, está obligado a proporcionar al Estado receptor, de manera oportuna, la información relativa a los derechos de los consumidores y turistas; la identificación de los canales, servicios y posibilidades de tener información y asistencia en otro idioma; la identificación de una Autoridad Central, responsable de mantener un sitio accesible o canales de contacto telefónico, para ayudar a los turistas en peligro, indicando especialmente la dirección de todas las autoridades administrativas competentes, tribunales de reclamos me-

nores o posibilidades alternativas de resolución de disputas registradas en el país o región. Además, debe adelantar esfuerzos para la elaboración de material escrito y capacitación a las autoridades de aplicación o Autoridades Centrales de otros países sobre el régimen jurídico del país; y, mantener y desarrollar el formulario sugerido en el Anexo I en sus propios idiomas e informar a todas las Autoridades Centrales de los principales cambios normativos que puedan tener impacto en la protección de los turistas o consumidores.

El Proyecto, como hemos afirmado, está acompañado por un formulario de reclamación que el turista deberá llenar para iniciar su reclamación. En 2014, el formulario fue remitido en otros idiomas, quedando así consignado en inglés, francés, español, portugués, chino, ruso y japonés¹¹².

En febrero de 2018, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia conoció el Informe Final preparado por Emmanuel Guinchard, denominado “*Study on the desirability and feasibility of further work on the Proposal on a Draft Convention on Co-operation and Access to Justice for International Tourists*”¹¹³. Este exhaustivo estudio puso de manifiesto las principales dificultades que enfrenta el turista respecto del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

En efecto, el Informe menciona, entre las principales dificultades, los vacíos de información, pues es frecuente que los turistas desconozcan sus derechos y los recursos legales para ejercerlos; las dificultades para acceder a la información; la imposibilidad para acceder a mecanismos eficientes como la mediación o la conciliación, debido a la necesidad de presencia física del turista y, en los casos en que el proceso pueda efectuarse recurriendo a la tecnología, las barreras lingüísticas. El Informe también menciona la persistencia de obstáculos procesales al acceso a la justicia, tales como la *cautio judicatum solvi*, exigida en algunos Estados a los no residentes¹¹⁴; además de las ya mencionadas dificultades para iniciar procedimientos judiciales, debido a la limitación temporal de la estancia del turista en el país visitado. De hecho, si el turista alcanza a iniciar un procedimiento, tendrá dificultades para llevarlo a buen término. A estos problemas se suma el hecho de que muchos Estados no cuentan ni con procedimientos de escasa cuantía adaptados a los asuntos transfronterizos, ni con autoridades encargadas de ayudar a los turistas a acceder a la justicia, ni con mecanismos de enlace adecuados entre las autoridades del país visitado y las del país del turista, sin contar con la complejidad que puede envolver la ejecución de cualquier acuerdo alcanzado.

112 Prel. Doc. No 13 of April 2014, en: [https:// bit. ly/ 3GIKsew](https://bit.ly/3GIKsew)

113 Prel. Doc. No 3 of February 2018, en: [https:// bit. ly/ 3klHkgQ](https://bit.ly/3klHkgQ)

114 En Colombia esta caución no es exigida. En Venezuela aún persiste para los asuntos civiles, no así en los mercantiles o en los laborales, cuando el trabajador es el demandante.

El Informe, aunque propone algunas modificaciones y adiciones al proyecto, termina concluyendo que, en el caso del turista, es necesario ir más allá de las normas de la Convención de La Haya sobre Acceso a la Justicia —instrumento no vigente en Colombia ni en Venezuela, a pesar de que esta última aparentemente la suscribió— pues, en opinión del relator, esta Convención solo respondería a algunas de las dificultades que enfrenta el turista. Guinchard insiste en que contar con reglas claras podría ser de interés para todas las partes interesadas en el ámbito del turismo: a los turistas les permitiría hacer valer sus derechos; a los prestadores de servicios turísticos que, siendo muchas veces pequeñas o medianas empresas, tendrían la posibilidad de resolver las reclamaciones fuera de los tribunales, reduciendo así los costes y mejorando al mismo tiempo la confianza de los turistas en sus empresas; y a los Estados, algunos de los cuales han explorado la posibilidad de establecer mecanismos de cooperación para prestar asistencia a los turistas del extranjero de forma recíproca.

En octubre de 2018, el Grupo de Expertos sobre Cooperación y Acceso a la Justicia para Turistas Internacionales felicitó a la propuesta brasileña y destacó que un nuevo instrumento sobre la materia facilitaría a los turistas obtener información adecuada —incluso en un idioma comprensible para ellos—, así como comprender sus derechos, y las posibles opciones de reparación. También podría proporcionar mecanismos de cooperación entre organismos competentes, que puedan trabajar de forma concertada para facilitar la resolución de reclamaciones, con vistas a garantizar el acceso a la justicia en el sentido más amplio, incluida la resolución alternativa de litigios, de forma no discriminatoria. El instrumento podría tener también un efecto preventivo, y podría contribuir a generar un registro oficial de la denuncia, incluso para su uso posterior en el extranjero¹¹⁵.

En marzo de 2020, el Grupo de Expertos mostró los avances del proyecto y presentó, además, un informe preparado en enero de ese mismo año por Nino Sievi, titulado “*Report on International Instruments and Principles Relevant to the Tourism Project as well as Possible Grounds of Jurisdiction for Matters Relating to International Tourists*”¹¹⁶. En este informe, Sievi concluye que los problemas que enfrenta el turista —y que fueron puestos de manifiesto en el Informe de Guinchard— desaparecerían si los turistas tuvieran la opción de demandar a un proveedor de servicios en su jurisdicción de origen.

Sievi reitera los principios que fueron destacados por Guinchard para guiar una posible solución: acceso a los tribunales; información apropiada sobre los derechos de los turistas; agencias especializadas del Estado para asistir a los tu-

115 Prel. Doc. No 3 of October 2018, en: [https:// bit. ly/ 3H4tUPv](https://bit.ly/3H4tUPv)

116 Prel. Doc. 1 of February 2020, en: [https:// bit. ly/ 3XtnWNt](https://bit.ly/3XtnWNt)

ristas; mecanismos de cooperación que faciliten la solución de las reclamaciones; implementación de procedimientos de escasa cuantía; implementación de ODR; y acceso a métodos alternativos de resolución de conflictos. El autor estima que a estos deben añadirse otros principios que ya han sido consagrados por otros foros como Mercosur, ASADIP, con sus Principios sobre el Acceso Transnacional a la Justicia¹¹⁷; la ONU y sus Directrices para la protección de los consumidores; y la propia Conferencia de La Haya con la Declaración de la Conferencia Interparlamentaria sobre turismo de 1989¹¹⁸.

En octubre de 2020 se produjo una nueva reunión del Grupo de Expertos, ahora enfocado en el *Tourists and Visitors (ODR) Project*, y en marzo de 2021 presentó su informe al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya¹¹⁹. En este, que ha sido de momento el último movimiento de este foro de codificación, el Grupo de Expertos concluyó la conveniencia de la elaboración de una “Guía”¹²⁰ que resulte de utilidad para turistas y visitantes en la presentación y trámite de sus reclamaciones. “*The Guide would explain how existing HCCH Conventions and Principles may be relevant to the resolution of claims by international tourists and visitors (including general references to other relevant instruments); and list and describe, without any value judgment, ODR platforms that may be used by international tourists and visitors, by providing factual information, on the basis of specific features identified by the EG [Expert Group], that could assist tourists and visitors in assessing which platform may suit their needs*”.

Así, al no haber alcanzado un consenso concluyente sobre la necesidad, conveniencia y viabilidad de elaborar un instrumento de *Hard Law* sobre cuestiones relativas a la resolución de litigios en línea para turistas y visitantes internacionales, se presentó a la consideración del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, el *Draft Outline – Practical Guide to Access to Justice for International Tourists and Visitors, with a Focus on ODR*, en el cual se establecen los parámetros a tener en consideración para la elaboración de la Guía.

Así, en la presentación del proyecto se reconoce que el objetivo de la Guía será brindar, a turistas y visitantes transfronterizos, la información pertinente sobre su acceso a la justicia para las cuestiones legales que se les puedan plantear, con exclusión de temas relativos al Derecho penal. La Guía proporcionará información sobre cómo las Convenciones de la Conferencia de La Haya, otros instrumentos internacionales y regionales, y las plataformas de ODR, pueden

117 [https:// bit. ly/ 3iBgQHZ](https://bit.ly/3iBgQHZ)

118 [https:// bit. ly/ 3XtwW5g](https://bit.ly/3XtwW5g)

119 Prel. Doc. No 1 REV of February 2021, en: [https:// bit. ly/ 3XyingS](https://bit.ly/3XyingS)

120 En el punto 4 del Informe puede leerse: “*The Chair affirmed that the EGM should consider the necessity, desirability, and feasibility of a soft law instrument concerning ODR matters related to tourists / visitors, with a view to making a clear set of recommendations to CGAP 2021*”.

ayudar a resolver reclamaciones civiles o comerciales transfronterizas sustantivas u otras quejas de los turistas consumidores, sin que sea necesario un nuevo instrumento normativo.

Para ello, la Guía deberá contener una mención a las barreras que comúnmente se encuentra el turista internacional para hacer valer sus derechos, las cuales han sido analizadas por el Grupo de Expertos y mencionadas ya en este trabajo. Además deberá contener definiciones importantes para su mejor comprensión e interpretación, tales como turista, visitante, consumidor, reclamaciones civiles o comerciales, litigio, arbitraje, mediación, conciliación, ODR y ADR.

La primera parte de la Guía estará dedicada a explicar, en términos sencillos y usando ejemplos ilustrativos, los instrumentos convencionales —universales y regionales— relevantes para que el turista pueda tener acceso a la solución de su problema, indicando, en cada caso, el número de Estados parte y las principales soluciones de cada instrumento. Lo propio hará con los instrumentos de *Soft Law*.

En la segunda parte se incluirá un listado de plataformas que prestan servicios de ODR, considerando su localización geográfica y si han recibido o no el aval de la Conferencia de La Haya. En la descripción de cada plataforma deberá incluirse información sobre la accesibilidad (requisitos técnicos, idioma, acceso a la información, zonas horarias / accesibilidad internacional); la transparencia e imparcialidad del sistema; la no discriminación entre nacionales y no nacionales; la indicación del procedimiento y, en particular, cómo funcionaría en la práctica (costos, plazos del procedimiento; uso del sistema de IA; si sigue un patrón escalonado y limitado en el tiempo de primero negociación, luego mediación [si fuera necesario] y después arbitraje [si fuera necesario]); si es voluntario y por acuerdo, con lo que se evitan o resuelven cuestiones de jurisdicción, Derecho aplicable y ejecución de decisiones; el alcance de las reclamaciones contractuales (y posiblemente otras); el valor de las reclamaciones; lo relativo a la ejecución y al cumplimiento del resultado; la indicación de si las plataformas conducen a una resolución definitiva del litigio y sobre la ética de la información, incluida la protección de datos; lo relativo al Derecho aplicable; y finalmente, todo lo relacionado con la supervisión, buena gobernanza del sistema e índices de cumplimiento de los resultados del litigio.

5. UNA BREVE CONCLUSIÓN

De momento, entonces, la propuesta que hiciera Brasil ha quedado atrás, no solo por el método empleado por la Conferencia de La Haya —un instrumento de *Soft Law*— sino también por el mecanismo preferido para la resolución de conflictos —ODR. La cooperación entre los Estados sigue siendo necesaria para

garantizar el acceso a la justicia de sus ciudadanos, pues el cruce de un frontera geográfica no puede convertirse en un obstáculo más. Recordamos en este sentido, el primero de los principios enunciados en el texto de los ya citados Principios ASADIP, el principio de máximo respeto de los derechos humanos y acceso a la justicia: “[c]ada Estado debe establecer y aplicar sus reglas de procedimiento procurando garantizar al máximo los derechos humanos y en especial el derecho de acceso a la justicia”.

Parece lamentablemente frecuente que en la construcción, interpretación de las normas se olvide al destinatario de las mismas: una persona que pide justicia. Los sistemas deben articularse en función de acceder a ese sencillo pedido haciendo uso de las herramientas que tengan a su alcance. Hoy, la tecnología está presente en todos los aspectos de nuestra vida, y la experiencia vivida durante la vigencia de las restricciones ordenadas por los Estados para hacer frente a la pandemia, aceleró su presencia en los sistemas de administración de justicia que, justo es reconocerlo, venían adelantando esfuerzos para su implementación.

La elección de los ODR aparece como una fortaleza en los trabajos de la Conferencia de La Haya. Mientras solo el tiempo podrá dar cuenta del funcionamiento de los instrumentos normativos existentes — amalgamados por la Guía propuesta— frente a los problemas del turista internacional, no albergamos duda alguna de que la posibilidad que pueda tener el turista de hacer sus reclamaciones desde el Estado de su residencia habitual y con costos equilibrados, respecto de su pretensión, contribuirán a que este no desista del ejercicio de su derecho de acceso a la justicia. ¡Eso es ya una gran ganancia!

PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA DA MEDIAÇÃO ONLINE NO DIREITO DO CONSUMO

ANABELA GONÇALVES¹

THIAGO PALUMA²

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN³

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações humanas construídas no ambiente virtual avolumam-se na contemporaneidade, e aprofundam-se a partir da disponibilização de novos meios ou suportes digitais⁴. Esse volume está claramente presente nas relações privadas, sejam comerciais, civis ou consumeristas, produzindo-se em grande volume no plano internacional.

A internacionalização das relações sociais e o consequente aumento da mobilidade transfronteiriça de capitais, pessoas, bens e serviços colocam em xeque as estruturas jurídico-processuais pautadas em uma concepção de litígio e processo adstrito às fronteiras nacionais. As diferentes jurisdições estatais, estruturadas em base ao princípio de igualdade soberana advindo de um ideal westfaliano de construção do Estado e do próprio direito, confrontam-se com a globalização dos conflitos.

Essas relações, analisadas na atualidade, divergem em vários elementos das relações comerciais ou consumeristas tradicionais, típicas até os anos de 1990. Dentre as principais características podemos destacar a celeridade com a qual são estabelecidas e, por óbvio, o meio digital onde se produzem. Frente a essas relações, com novas especificidades, cabe ao Direito, enquanto ciência responsável por disciplinar as relações humanas e resolver os conflitos decorrentes dessas, apresentar novos institutos jurídicos que não se limitem ao Poder Judiciário,

1 Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutora em Direito.

2 Professor de Direito Internacional Privado (graduação e pós-graduação) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em Direito.

3 Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Doutora em Direito.

4 Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgados em sua pesquisa mensal em 14/ 01/ 2022 o e-commerce representa cerca de 18% do comércio varejista no Brasil. Outro dado interessante é o publicado pela ACEPI (Associação Portuguesa da Economia Digital) que indica que mais de 13% dos portugueses fizeram compras online mais de 5 vezes nos últimos 3 meses (de acordo com o relatório “Economia Digital em Portugal – 2022”).

como é o caso dos usualmente classificados como meios alternativos de resolução de conflitos.

Os meios alternativos de resolução de conflitos não são instrumentos novos quanto a sua concepção, mas são figuras que foram aprimoradas em vários aspectos nos últimos anos⁵. Dentre esses aspectos destaca-se o desenvolvimento desses meios de resolução em plataformas digitais, como é o caso da mediação online, que é objeto deste artigo.

A resolução de conflitos por meio de plataformas *online* é uma resposta do Direito para os novos desafios da sociedade contemporânea, que cada vez mais estabelece negócios e relações interpessoais em meios eletrônicos. Sendo assim, o Direito se coloca como instrumento atualizado para as novas demandas da sociedade tecnológica, que cria relações mais complexas que necessitam de formas igualmente mais sofisticadas para resolver as crises decorrentes das relações concretizadas.

Dentre os meios alternativos, o presente artigo tratará da mediação online como uma forma viável e eficiente na resolução dos conflitos. Outro recorte metodológico realizado diz respeito ao objeto analisado. Neste tocante, a pesquisa analisará os conflitos surgidos de relações de consumo a partir da ordem jurídica vigente em Portugal e Brasil, considerando ainda as disposições existentes no Mercosul e na União Europeia.

Quanto à sua estrutura, o artigo apresentará a regulação jurídica da mediação em Portugal e no Brasil. Em um segundo momento, abordará a mediação online como meio adequado para resolver litígios provenientes de relações de consumo nos espaços de integração regional, quais sejam, Mercosul e União Europeia. Em um terceiro momento, para fins de conclusão, será realizada uma análise comparativa entre os sistemas jurídicos apresentados.

2. O REGIME JURÍDICO DA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL

O regime jurídico geral da mediação encontra-se previsto, em Portugal, na Lei n.º 29/2013 de 19 de abril, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como aos regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública (Lei da Mediação). Nesta lei encontramos uma definição de mediação, no art. 2º, al a), assim como um conjunto de princípios a que obedecem as mediações que ocorrem em Portugal,

5 Dentre os meios alternativos de resolução de conflitos, destaca-se a mediação, por ser objeto desse trabalho. Segundo Fernanda Tartuce e Diego Faleck, se identifica a mediação em várias tradições culturais, com registros bíblicos de sua utilização, assim como na China, a partir da teoria de Confúcio. Vid.: TARTUCE, Fernanda; FALECK, D. . Introdução histórica e modelos de mediação. In: Prado de Toledo, Armando Sérgio; Tosta, Jorge; Alves, José Carlos Ferreira. . (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. 1ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, v. 1, p. 171-189.

independentemente da natureza do litígio (art. 3º), e um conjunto de direitos e deveres do mediador de conflitos, que resultam também do Código Europeu de Conduta para Mediadores⁶ e seguem a – Recomendação Rec (2002) 10 do Comité de Ministros aos Estados Membros Sobre a Mediação em Matéria Civil⁷. Isto significa que independentemente da natureza do litígio, seja o litígio puramente interno ou plurilocalizado, caso a mediação ocorra em Portugal, este será o regime a que obedece a mediação.

O primeiro princípio, apresentado no art. 4º, é o princípio da voluntariedade, que implica que o início e continuidade do processo de mediação depende sempre do consentimento das partes, devendo esse consentimento ser esclarecido e informado. Isto significa que todo o procedimento está na disponibilidade das partes, podendo estas desistir da mediação, sendo responsáveis por todas as decisões tomadas no decurso da mediação. O princípio da voluntariedade deve ser relacionado com os deveres do mediador, previstos no art. 26º, al. a), b) e c), onde se prevê o dever do mediador: esclarecer as partes quanto à natureza, finalidade, princípios, e fases do procedimento da mediação; colaborar com as partes, não lhes impondo regras; e assegurar que existe um consentimento esclarecido dos mediados.

O segundo princípio é o princípio da confidencialidade, que garante a criação de um clima de confiança entre as partes e o mediador. O art. 5º estabelece a confidencialidade do procedimento de mediação, impondo sobre o mediador um dever de confidencialidade sobre as informações que obtenha no âmbito deste procedimento, não podendo o mediador transmitir informações que lhe tenham sido prestadas por uma das partes, à outra parte, sem consentimento da primeira (art. 5º, n.º 2). Este dever de confidencialidade só cessa por motivos de ordem pública, como os elencados no art. 4º, n.º 3, e apenas na medida necessária para a proteção dos interesses em causa. O dever de confidencialidade do mediador é reforçado pelo art. 26º, n.º 1, al. d) e pelo art. 28º, sendo que esta última disposição legal impede o mediador de ser testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa relacionada com o procedimento de mediação, ainda que a relação seja indireta⁸. Para reforçar o princípio da confidencialidade, estabelece o art. 5º, n.º 4, que o conteúdo das sessões de mediação e do acordo alcançado não pode ser valorado em tribunal ou em sede de arbitragem.

6 Elaborado pela Comissão Europeia para servir de base para o processo de mediação e do exercício da função de mediador, visando estabelecer um padrão uniforme de garantias e segurança para o exercício da mediação na União Europeia: v. http://www.dgppj.mj.pt/sections/gral/mediacao_publica/mediacao_anexos/codigo_europeu_de/downloadFile/file/Codigo_Europeu_de_Coduta_para_Mediadores_13_03_2014.pdf?nocache=1394707997_85, consultado em 15. 02. 2019.

7 Que pode ser consultada em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e1f76, consultada em 15. 02. 2019.

8 Sob pena incorrer no crime de violação de segredo, nos termos do art. 195º do Código Penal.

Em seguida, temos o princípio da igualdade e da imparcialidade previstos no art. 6º. De acordo com o primeiro princípio, as partes devem no procedimento de mediação estar numa posição de paridade de poderes e de participação, sendo função do mediador garantir esta paridade nos termos do art. 26º, al c) e f). De acordo com o segundo princípio, o mediador deve assumir uma postura imparcial e equidistante em relação ao litígio e aos interesses das partes, dever de imparcialidade que resulta também do art. 26º, al. f).

No art. 7º, e relacionado com os dois últimos princípios enunciados, temos o princípio da independência ou da neutralidade, que impõe ao mediador o dever de exercer a sua função de forma independente, livre de pressões externas, interesses ou conações próprios, respeitando a vontade das partes. Nessa medida, o art. 7º, n.º 3, estabelece que o mediador não se encontra sujeito a subordinação, técnica ou deontológica de profissionais de outras áreas, não devendo obediência a qualquer autoridade ou profissão no exercício da sua função. Esta neutralidade é assistida por um sistema de impedimentos e escusa, previsto no art. 27º, que permite garantir a não interferência de influências endógenas ou exógenas no exercício da função de mediador de conflitos.

Os princípios da competência e da responsabilidade estão previstos no art. 8º. O n.º 1 desta disposição legal, estabelece o dever de especialização dos mediadores de conflitos, que devem fazer formação que lhes dê conhecimentos específicos para desempenhar a sua função com qualidade, nos termos do art. 24º e do art. 26º, al. h). A falta de qualificações necessárias põe em causa a executoriedade do acordo de mediação, nos termos do art. 9º, n.º 1, al. e). Já o princípio da responsabilidade (art. 8º, n.º 2) significa que o mediador responde civilmente pelos danos que causar pela violação dos deveres resultantes do exercício da sua atividade, incluindo-se nestes deveres a imposição de o mediador estar legalmente habilitado para o exercício da mediação nos termos do art. 24º e do art. 26º, al. h).

O art. 9º estabelece a força executiva dos acordos de mediação em relação aos quais não exista necessidade de homologação e em que o objeto do litígio possa ser objeto de mediação [al. a)], desde que: as partes tenham capacidade para a celebração de acordos de mediação [al. b)]; a mediação tenha obedecido aos requisitos legais [al. c)]; o conteúdo do acordo não viole a ordem pública [al. e)]; o mediador esteja inscrito na lista de mediadores de conflitos cuja organização pertence ao Ministério da Justiça [al. f)]⁹. O acordo de mediação que provenha

9 Em Portugal, a homologação do acordo de mediação é obrigatória quando a remessa do processo para mediação é determinada pelo tribunal, nos termos do art. 273º, n.º 5 do Código de Processo Civil, ou ocorre no âmbito dos Julgados de Paz (art. 56º, n.º 1, da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho. Quando a lei não determina a obrigação de homologação, as partes podem requerer a homologação judicial do acordo obtido em mediação pré-judicial (art. 14º, n.º 1 da Lei da Mediação). Nesta homologação, o juiz irá verificar (art. 14º, n.º 3, da Lei da Mediação): se o acordo respeita a litígio que pode ser objeto de mediação; a capacidade das partes para o celebrar; se observa os princípios gerais do direito; se respeita a boa-fé; se não há abuso de direito; se o seu conteúdo está de acordo com a ordem pública. Existindo homologação, a sentença de homologação constitui o título executivo; não

de um outro Estado-Membro que respeite os requisitos enunciados, com exceção da al. f), goza em Portugal de força executiva, caso tenha igual natureza no Estado-Membro de origem (art. 9º, n.º 4).

Outro princípio referente à mediação pública é o princípio da publicidade do funcionamento do sistema público de mediação e dos procedimentos de mediação, previsto no art. 37º, o que implica um dever de esclarecimento sobre a identificação da identidade pública gestora do sistema, as competências do sistema público de mediação (art. 32º), as taxas a pagar (art. 33º), como se inicia o procedimento de mediação (art. 34º), a duração máxima do procedimento de mediação (art. 35º), a designação do mediador de conflitos (art. 38º)...

Por fim, não estando previstos na Lei da Mediação, mas sendo reconhecidas como características inerentes ao procedimento de mediação, que são vistas de forma positiva e como uma mais-valia na resolução de litígios, podemos enunciar a informalidade, a flexibilidade, a celeridade e a proximidade¹⁰. A informalidade significa que o processo de mediação não está sujeito a formalidades rígidas ou a um ritual procedimental pré-definido. As etapas a percorrer dependerão das características do caso concreto, da complexidade do conflito, do tempo necessário para construir diálogos entre as partes, e chegar a um acordo. Esta informalidade relaciona-se com a segunda característica da mediação que é a flexibilidade, no sentido que o procedimento de mediação deve ser adaptado ao caso concreto. Além disso, as próprias partes devem adotar uma postura flexível quanto ao acordo a chegar e aos sacrifícios mútuos a fazer, tendo o mediador, neste âmbito, um papel essencial enquanto gestor do conflito, que tenta restabelecer a comunicação e a confiança entre as partes¹¹. Liga-se às características anteriores a natureza célere da mediação, pois a ausência de etapas procedimentais pré-definidas pode levar a uma maior rapidez na resolução do litígio, se essa for a vontade das partes, podendo-se eliminar atos inúteis que sejam meramente dilatatórios. Outra característica da mediação é a proximidade, no sentido de proximidade com as partes. Ou seja, no procedimento de mediação pretende-se o envolvimento das partes, para que criem pontes de diálogo, que compreendam os respetivos interesses e consigam chegar a um acordo satisfatório para ambos, que se traduza numa pacificação da relação existente entre ambos.

Olhando para os princípios e características que resultam da Lei da Mediação portuguesa e do Código Europeu de Conduta para Mediadores, facilmente

existindo homologação, terá força executiva o acordo de mediação que respeite os requisitos do art. 9º, n.º 1 da Lei da Mediação, referidos *supra*.

10 Neste sentido, Rossana Martingo Cruz, *Mediação Familiar, Limites Materiais...*, pp. 87-90.

11 Jorge Morais Carvalho, «A Consagração Legal da Mediação...», Cit., pp. 271-290; Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios...*, Cit., pp. 49-50; Catarina Frade, «A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 65, 2003, pp. 115-116.

se conclui que o mediador tem apenas o dever de auxiliar as partes na obtenção de um acordo que satisfaça os seus interesses mútuos e pacifique as suas relações jurídicas, mas a obtenção final do acordo está integralmente dependente da vontade das partes. Por isso, o reconhecimento da mediação pelos Estados corresponde ao reconhecimento da esfera de liberdade das partes, agora no âmbito da composição de litígios. Ou seja, o reconhecimento e regulação da mediação pelos Estados é uma concretização do princípio da autonomia das partes no plano da resolução de litígios.

3. O REGIME JURÍDICO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL¹²

A redemocratização da sociedade brasileira consubstanciada com a promulgação, em 1988, de uma nova constituição, a chamada constituição cidadã, trouxe a previsão da garantia de acesso à justiça no seu artigo 5º, inciso XXXV, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não obstante os avanços logrados na proteção no campo da justiça pela regulação convencional e autônoma da garantia do seu acesso, tal como observase do preceito constitucional acima mencionado, o conceito de acesso à justiça restou-se, tradicionalmente centrado no Poder Judiciário.

Para Flávia Hill, no caso brasileiro, o constituinte considerou o “acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário¹³”. Concepção restritiva que não mais coaduna com as atuais dimensões do acesso à justiça que, desde as ondas de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, acenam por uma compreensão desse direito para além dos muros do poder judiciário.

A terceira onda, proposta pelos autores mencionados, visava a eliminação de obstáculos ao acesso à justiça para além do mero acesso ao judiciário¹⁴, através da utilização de métodos adequados, hetero ou autocompositivos. Neste último caso, como a mediação, que se consolida como uma ferramenta útil para o alcance de uma tutela justa e adequada e um efetivo acesso à justiça¹⁵, quer seja na solução de conflitos internos ou com elementos de estrangeira, esse último, conectado a mais de um sistema jurídico nacional.

12 Parte do texto apresentado já foi publicado em: MOSCHEN, V. R. B. (2022). A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018). *Revista Vox*, (13), 68–96.

13 HILL, Flávia. *Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial*, Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. Janeiro a Abril de 2021, p. 381.

14 CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth, *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

15 MOSCHEN, Valesca R B, BERNARDES, Livia H P e CARNEIRO, Yandria G., *As ondas do acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transnacional à justiça*, Revista Vox, n. 12, p. 37-57, jul-dez, 2020.

A visão contemporânea de jurisdição reconhece às partes poder de disposição em relação à solução da controvérsia. Neste sentido, Antônio Cabral, demonstra a existência de uma clara tendência em “*fomentare l'autocomposizione e conferimento di poteri ai litiganti, visto che aumentano sempre più gli spazi in cui la loro volontà è sufficiente per produrre effetti giuridici*”¹⁶.

Abertura do sistema jurídico brasileiro à autonomia das partes no âmbito da solução de conflitos possui como marco histórico a promulgação, em 1996, da lei de arbitragem, Lei n. 9.307¹⁷ e, posteriormente, a ratificação pelo Estado brasileiro da Convenções de Nova York de 1958¹⁸. Estes dois acontecimentos romperam com um tradicional ceticismo frente ao instituto da arbitragem no Brasil, permitindo um avanço desse mecanismo heterocompositivo no sistema jurídico brasileiro¹⁹.

No que tange à mediação, não obstante a indicação de ser um instituto milenar²⁰ a amplitude do sistema normativo brasileiro quanto a esse método de pacificação social foi fruto de uma construção histórica mais recente, e se aprofunda com a redemocratização do Estado brasileiro, consubstanciada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, em cujo preâmbulo se indica, dentre as funções basilares do Estado Democrático e os seus fundamentos,

“(…) assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”²¹.

Entretanto, somente mais de vinte anos após a previsão constitucional que a mediação passou a ser objeto de um instrumento de regulação normativa, através da Resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça²². A partir dessa normativa se instituiu no Brasil, uma política de fomento para a utilização de mecanismos autocompositivos de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Sua importância também se afirma na determinação de ser a responsabi-

16 CABRAL, Antônio, Per un nuovo concetto di giurisdizione, op. cit., p. 370.

17 Legislação que rompe com um histórico ceticismo acerca do instituto arbitral no Brasil. Texto em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm, acesso em 08 de Março de 2023.

18 Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002 e promulgada pelo Brasil, em 23 de julho de 2002, através do Decreto nº 4.311. Texto em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm, acesso em 08 de Março de 2023.

19 OLIVEIRA, Ágatha B e MOSCHEN, Valesca R B. “Os Novos Paradigmas da Arbitragem no âmbito Societário: A Extensão da Convenção Arbitral”, *Revista Milton Campos*, v. 24, pp. 349-370, 2012.

20 ANDRADE, Juliana. Reconocimiento y Eficacia de los Acuerdos de Mediación Mercantil Internacional. In Humberto dalla Bernardina de Pinho e Juliana Loss de Andrade (Editores), *Contemporary Tendencies in Mediation*, Madrid: Editorial Dykinson, 2015, p. 171.

21 Brasil. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil : texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/ 94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/ 92 a 91/ 2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/ 2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016

22 Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de 29 de novembro de 2010. IN https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf, acesso em 06/ 08/ 2021.

lidade por implantar uma política de utilização de meios adequados de solução de conflitos uma pauta pública²³. Em 2015, finalmente, um microsistema da autonomia privada no campo da solução de conflito se consolida, com a promulgação das Leis 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e 13.140/2015 (Lei de Mediação).

Dentre as inovações do Código de Processo Civil (CPC), registra-se uma nova dimensão da autonomia privada no sistema brasileiro, constituída por uma narrativa de transformação do papel do Estado e do direito, caracterizada no sistema processual reformulado pelo deslocamento do Estado do centro de aplicação da lei²⁴, assim como, pela incorporação no CPC de 2015 dos princípios da cooperação e flexibilidade processual. Com a admissão de tais princípios, infere-se às partes a possibilidade de transacionar sobre regras de jurisdição e estilo do procedimento, de forma a tornar a solução da contenda mais adequada e previsível aos seus interesses. Constata-se a abertura do sistema processual aos institutos dos negócios jurídicos processuais, previstos no Art. 190²⁵ do CPC/2015 e característicos de um sistema processual aberto à autonomia das partes no processo.

Os negócios jurídicos processuais, conforme Barbara Chagas, representam uma convenção realizada entre particulares, cujo objeto concerne a ajustes processuais, seja de ônus, poderes, faculdades ou deveres²⁶. Entre as suas principais expressões estão as convenções e acordos arbitrais e consensuais para a solução de conflitos. Quanto à mediação, em seu artigo 3, o CPC precisa que os métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos atores do processo²⁷. Conforme informa Fernanda Tartuce no “novo CPC a mediação é mencionada em 39 dispositivos²⁸”, junto com as menções à conciliação, a auto-composição, propriamente dita, e a solução consensual de conflitos, se totalizam 103 previsões na codificação processual brasileira, demonstrando a clara opção por esta normativa à abertura do sistema processual à autonomia das partes na solução de seus conflitos ou em sua prevenção.

23 RIUS, Carolina E. A Mediação no Direito Positivo Brasileiro, *Revista dos Tribunais*, vol. 1018, 2020, pp. 21 – 40, p. 22.

24 GRECO, Leonardo, “Os atos de disposição processual - primeiras reflexões”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, 2007, outubro a dezembro, p. 1-22, p. 7.

25 “Art. 190. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” Lei 13. 105, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 08 de Março de 2023.

26 CHAGAS, Bárbara, op. cit, p. 62.

27 Art. 3o, §3o “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Lei 13. 105 de 16 de março de 2015.

28 TARTUCE, Fernanda, op. cit., p. 8.

Na consolidação do microsistema de autonomia das partes no Brasil, em 26 de junho de 2015, se promulga a Lei n. 13.140 sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias²⁹ com o intuito de disciplinar a autocomposição de conflitos. A Lei simboliza o desenvolvimento paulatino da importância que os sistemas autocompositivo para a solução de conflitos passaram a representar no Brasil, quer seja em virtude da crise do sistema judiciário nacional – que vivencia um congestionamento em virtude de uma hiperjudicialização³⁰ - quer seja, pela própria transformação do exercício da jurisdição, que com visto, passa a ser multifacetado, a jurisdição passa a englobar assim, “a justiça, estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual³¹”. Tornando-se subsidiária a intervenção judicial³².

Quanto à força executória dos acordos concluídos no marco de uma mediação, desde a análise dos sistemas jurídicos comparados, não existe um consenso em se revestir tais acordos de eficácia imediata. Ao contrário, usualmente, nas regulações de fontes internas os acordos de mediação geram efeitos contratuais³³. A legislação brasileira, junto com a argentina³⁴ e a mexicana³⁵, é uma exceção, ao admitir a natureza de título executivo aos acordos mediados, dispensando a necessidade de se socorrer ao judiciário para realizar a sua força obrigatória.

Consoante o parágrafo único do artigo 20 da Lei n.13.140/2015 “O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial³⁶”. Da leitura do texto normativo infere-se que esse incorporou o princípio da executoriedade aos termos mediados. Desde que cumprido os determinados requisitos legais de conteúdo, validade e forma, não existe no Brasil a necessidade de confirmação do acordo de mediação por sentença judicial ou arbitral para a sua caracterização enquanto um título executivo.

29 Lei 13. 140, 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 08 de Março de 2023.

30 Embora em 2019 tenha ocorrido a menor taxa de congestionamento histórica do Poder Judiciário de 68,5% , conforme os dados coletados pelo relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional da Justiça de 2020, 77,1 milhões de processos tramitam no Poder Judiciário brasileiro. In https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB_V2_SUMARIO_EXECUTIVO_CNJ_JN2020.pdf, acesso em 08 de Março de 2023.

31 GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 17.

32 MOSCHEN, Valesca RB e ZANETTI, Hermes Jr, “Temas controversos do direito processual; civil internacional: a cláusula de eleição de foro e os limites do exercício jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015”, in RAMOS, André de Carvalho (Org.), *Direito Internacional Privado: Questões controversadas*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, pp. 357-372, p. 359.

33 ESPLUGUES MOTA, Carlos , La Convención de Singapur de 2018 sobre Mediación y la Creación... op. cit, p. 59.

34 ESPLUGUES MOTA, Carlos , La Convención de Singapur de 2018 sobre Mediación y la Creación... op. cit, p. 59.

35 Art. 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, de 08 de janeiro de 20108, com alteração em 18 de dezembro de 2014, e com âmbito de aplicação espacial a Cidade de México (DF). Texto in: <http://aldf.gob.mx/archivo-894e97c0ad5bd01193b2ab400d12e848.pdf>, acesso em 08 de Março de 2023. .

36 Lei 13. 140 de 26 de dezembro de 2015. Texto in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm, acesso em, 08 de Março de 2023. .

No domínio das relações comerciais internacionais revestir os acordos de natureza de títulos executivos é de uma relevância sem par, tendo em vista a garantia de segurança que se fortalece em virtude da celeridade e da maior facilidade em termos do cumprimento das obrigações pactuadas em um conflito privado transnacional.

4. A MEDIAÇÃO ONLINE NOS LITÍGIOS DE CONSUMO NA UNIÃO EUROPEIA

As várias características associadas à mediação, como a confidencialidade, informalidade, a celeridade, o facto de auxiliar a criação ou o retomar de uma relação pacífica entre as partes, o menor custo associado, o facto de permitir uma solução flexível, a propensão para o cumprimento dos acordos estabelecidos em seu resultado, entre outras, tornam a mediação um meio por excelência para a resolução de conflitos transnacionais. Isto mesmo foi reconhecido no âmbito da União Europeia.

A União Europeia cedo reconheceu as vantagens da resolução alternativa de litígios, incluindo a mediação, nos litígios transnacionais, quer através da *Directiva 2013/11/UE do Parlamento europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Directiva 2009/22/CE (Directiva RAL)*³⁷, quer através do *Regulamento (UE) n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que alterou o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Directiva 2009/22/CE (Regulamento RLL)*. De facto, o meio natural de resolver litígios do comércio eletrónico, que surgem através de negócios que envolvem as tecnologias de comunicação à distância, será pela utilização dessas mesmas tecnologias.

O Regulamento RLL é direcionado especificamente para os litígios transnacionais do comércio eletrónico, já que aplicável à resolução extrajudicial de litígios resultantes de obrigações contratuais de contratos de compra e venda ou de serviços em linha, celebrados entre um consumidor residente num Estado-Membro e um comerciante estabelecido na União (Artigo 2º, n.º 1).

O objetivo do Regulamento RLL foi a criação de uma plataforma de resolução de litígios em linha, de fácil utilização, interativa, gratuita, acessível em todas as línguas oficiais da União, em que é garantida a segurança dos dados nela introduzidos e a privacidade dos utilizadores, sendo a Comissão Europeia responsável pelo seu financiamento e funcionamento (art. 5º, n.º 1 e 2). Esta plataforma

37 Esta Directiva foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei n.º 144/ 2015, de 8 de setembro, já alterada, tendo sido a versão mais recente introduzida pelo DL n.º 9/ 2021 de 29 de janeiro.

permite que o consumidor ou o comerciante preencham um formulário eletrónico com a queixa [art. 5º, n.º 4, al. a)], em que devem constar as informações presentes no Anexo I do Regulamento (por exemplo, entre outras: se o autor da queixa é comerciante ou consumidor; o nome, o endereço de correio eletrónico e o endereço geográfico do consumidor; o nome, o endereço de correio eletrónico, o sítio web e o endereço geográfico do comerciante; o tipo de bem ou serviço a que a queixa se refere; se o bem ou o serviço foi proposto por um comerciante e solicitado pelo consumidor num sítio web ou por outros meios eletrónicos; se o consumidor entrou diretamente em contacto com o comerciante; se o litígio está a ser ou já foi examinado anteriormente por uma entidade de RAL ou por um tribunal; o tipo de queixa; a descrição da queixa). É ainda possível às partes adicionarem anexos ao formulário eletrónico (art. 8º, n.º 2). É esta plataforma de resolução de litígios em linha, quer permite ao consumidor e ao comerciante recorrer à mediação online.

De acordo com o Considerando 19 do Regulamento RLL, a referida plataforma tem uma funcionalidade de tradução eletrónica, para tradução das informações necessárias para a resolução do litígio, podendo, ainda, esta tradução ser apoiada por intervenção humana. Além disso, os autores das queixas podem ainda pedir auxílio aos pontos de contacto de resolução de litígios em linha (RLL). Cada Estado-Membro designa um ponto de contacto de RLL (art. 7º, n.º 1) e, neste sentido, existe em cada Estado-Membro o Centro Europeu do Consumidor³⁸, que tem as suas funções descritas no art. 5º, n.º 4.

A queixa será transmitida a uma entidade de resolução alternativa de litígios, disponibilizando a plataforma uma ferramenta eletrónica gratuita de gestão do procedimento de resolução de litígios em linha com as partes, ainda que esta não seja de utilização obrigatória [Considerando 18 e art. 10º, al. d)]. Todavia, esta ferramenta eletrónica de gestão do procedimento permite a mediação online e a gestão à distância do procedimento.

Tendo a plataforma recebido o formulário de queixa devidamente preenchido, esta transmite à parte requerida a queixa, juntamente com os dados que constam no art. 9º, n.º 3, devendo as partes chegar a acordo relativamente a uma entidade de resolução alternativa de litígios, para que a queixa lhe seja transmitida³⁹ e que aceitará a resolução do litígio ou não. Caso aceite, esta entidade tratará do litígio nos termos estabelecidos no art. 10º. Na listagem das entidades de resolução alternativa de litígios em Portugal constam alguns centros de mediação,

38 Para consulta dos Centros Europeus do Consumidor, v. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/resolve-your-consumer-complaint/european-consumer-centres-network-ecc-net_en, consultado em 20. 09. 2021.

39 Para uma lista das entidades identificadas nos diferentes Estados-Membros, v. <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>, consultado em 20. 09. 2021.

como o CIAB - Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Consumo (Tribunal Arbitral de Consumo), a CIMAAL Associação Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Conflitos de Consumo do Algarve ou o CIMPAS - Centro de Informação Mediação e Provedoria de Seguros⁴⁰.

Além disso, e de acordo com o art. 14º, n.º 1, do RLL, o comerciante que celebrar contratos de compra e venda ou disponibilize serviços em linha deve colocar no seu website uma ligação eletrónica à plataforma de resolução de litígios em linha, que deverá ser facilmente acessível pelo consumidor. Note-se, todavia, que esta norma não implica que o comerciante seja obrigado a aceitar a resolução alternativa de litígios, o que leva alguns autores a assinalar a desinformação que daqui pode resultar, e a considerar que esta informação só deveria constar do website se o comerciante estivesse disponível a aceitar este meio de resolução de eventuais litígios ou, pelo menos, no website deveria constar que aquela é apenas uma possibilidade existente a que o comerciante não se vincula⁴¹.

O Regulamento RLL deve ser conjugado com a Diretiva RAL, que se aplica quando esteja em causa um litígio nacional ou transnacional referente a obrigações contratuais resultantes de contratos de venda ou de serviços entre comerciantes estabelecidos na União e consumidores residentes na União, aplicando-se aos procedimentos de resolução extrajudicial desses litígios (art. 2º, n.º 1, da Diretiva RAL)⁴². Nos termos do seu Considerando 4 esta Diretiva visa «assegurar o acesso a formas simples, eficazes, céleres e económicas de resolver litígios nacionais e transfronteiriços resultantes de contratos de venda ou de serviços deverá beneficiar os consumidores e, por conseguinte, aumentar a confiança destes últimos no mercado. Este acesso deverá aplicar-se às transações efetuadas em linha ou pelos meios convencionais, e é particularmente importante quando os consumidores fazem compras além-fronteiras». É ainda aplicável sem prejuízo da Diretiva 2008/52/CE, segundo o art. 3º, n.º 2.

A Diretiva RAL tenta aumentar a confiança dos consumidores quando recorrem aos mercados internacionais, estabelecendo um padrão mínimo de garantias para o consumidor no recurso aos meios alternativos de resolução de litígios, para que se verifique uma resolução eficaz e rápida dos litígios que podem surgir (Considerando 7)⁴³. Assim será, através dos princípios da competência, independência e imparcialidade (art. 6º), do princípio da transparência (art. 7º),

40 V. em <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>, consultado em 20.09.2021.

41 Pavel Loutocký, «Online Dispute Resolution», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 10:1, p. 120; Pablo Cortés, «The impact of EU law in the ADR landscape in Italy, Spain and the UK: time for change or missed opportunity?», *ERA Forum*, 16 (2) 2015, p. 128.

42 Sobre as diferenças entre os dois instrumentos, v. M. Bogdan, «New EU Regulation on Online Resolution for Consumer Disputes», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 9:1, pp. 158-159.

43 Note-se que, ao contrário do que sucede no RLL, a Diretiva RAL não se aplica a procedimentos iniciados por um comerciante contra um consumidor, nos termos do art. 2º, n.º 2 (f) desta Diretiva.

do princípio da eficácia (art. 8º), do princípio da equidade (art. 9º), do princípio da liberdade (art. 10º) e do princípio da legalidade (art. 11º).

Por fim a Diretiva RAL estabelece uma garantia muito importante para o consumidor nos contratos de consumo internacionais do comércio eletrônico. No seu art. 11º determina que deve ser assegurado pelos Estados-Membros que nos litígios transnacionais em que seja aplicável as normas relativas ao contrato de consumo internacional do *Regulamento n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais* (Roma I) e da *Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*, a solução obtida no procedimento de resolução alternativa de litígios não deve privar o consumidor da proteção que lhe é dada pelas disposições não derogáveis da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual⁴⁴. Ou seja, também nestas situações as normas imperativas da lei da residência habitual do consumidor que lhe sejam mais favoráveis são o padrão de proteção dos direitos do consumidor.

5. A MEDIAÇÃO ONLINE NOS LITÍGIOS DE CONSUMO NO MERCOSUL: UMA PAUTA AUSENTE⁴⁵?

O movimento de *desjudicialização* das soluções de conflitos encontra, dentre outros fatores de intensificação, o acentuado crescimento dos números e da complexidade dos conflitos interpessoais; a sistematização da autonomia da vontade nos sistemas jurídicos nacionais, inclusive no campo das controvérsias consumeristas; e, sem dúvida, a crise vivenciada pelos sistemas judiciários nacionais, à luz da tradicional consagração das cortes estatais como as principais protagonistas na solução de contentas e na tutela efetiva de direitos.

Embora a existência histórica de múltiplas formas de tratamento não judicial de conflitos, isto é - conforme definição de Ada Pellegrini Grinover - “de uma solução por ato das próprias partes (conciliação e mediação) ou de hetero composição privada (decisão por árbitros nomeados pelos próprios litigantes)⁴⁶”, foi apenas em meados da segunda metade do século passado, conforme Frank Sander, que se propaga a noção de um sistema multiportas (*multidoor courthouse system*)⁴⁷. Esse mecanismo de solução consensual dos litígios recebeu a atenção

44 Sobre a proteção do consumidor nestes instrumentos, v. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, «Evolução da regulamentação europeia dos contratos de consumo internacionais celebrados por via electrónica», *Scientia Iuridica*, 2013, n.º 331, pp. 5-32; *idem*, «The E-Commerce International Consumer Contract in the European Union», *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 9, Number 1, summer 2015, pp. 5-20.

45 Parte do texto já foi publicado em: MOSCHEN, Valesca e JIMENEZ, Martha O. ” A proteção do consumidor e a *desjudicialização* dos conflitos: mediação uma pauta ausente no Mercosul? , pp. 201- 228. Em: Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor / Dora Szafir ... [et al.]; compilación de Claudia Lima Marques; Luciane Klein Vieira; Sergio Sebastián Barocelli. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2021.

46 GRINOVER, Ada P., Ensaio sobre a Processualidade: Fundamentos de uma Teoria do Processo, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 62.

47 CALMON, Patrícia N. S. O. e MOSCHEN, Valesca R. B. A Função Narrativa da Convenção de Singapura sobre Mediação

do movimento de harmonização e da prática comercial internacional bem mais recentemente.

Como um método auto compositivo de tratamento de conflitos, “no qual um terceiro – mediador – auxilia as partes a restabelecerem a comunicação entre si, de maneira imparcial e sem poder de decisão ou sugestão⁴⁸”, a mediação contempla um incentivo ao processo negociador, através da intervenção de um terceiro neutral e imparcial que facilita a comunicação entre as partes e o impulso por uma postura de boa-fé para soluções criativas e substantivas consensuadas⁴⁹. Com isso, contribui para a continuidade das relações entre as partes e a permanência das relações jurídicas. Neste sentido, afirma Corinne Montineri “*in the field of international trade, mediation is often cited as a flexible method that is well-adapted to solving disputes among merchants who seek to preserve long-term commercial and investment relations* ⁵⁰”.

Suas características colocam em xeque os pressupostos do pensamento jurídico legitimado por uma ótica positivista e judicializada de aplicação abstrata da lei, dentro de um contexto adversarial de solução de conflitos. Ensina Fernanda Tartuce ao analisar tais pressupostos do pensamento jurídico que esses

são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais: a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa; e b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida⁵¹.

Nas relações comerciais internacionais a mediação ganha espaço pela dinâmica social contemporânea, caracterizada, como mencionado, pelo avanço tecnológico, pela mobilidade de mercadorias e serviços, pela fluidez dos sistemas de comunicação, assim como, pelo empoderamento do indivíduo como um ator primordial na resolução de suas contendas e pelas novas pautas do pensamento jurídico ⁵².

Os métodos adequados auto compositivos, como a mediação, foram objetos de iniciativas regulatórias de natureza *soft* e de *hard law* no espaço da harmo-

Comercial na Mediação Familiar. In: MENEZES Wagner, Direito Internacional em Expansão: Biodiversidade, Mobilidade e Integração. Anais XIX. Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2020, p. 213.

48 CHAGAS, Bárbara, *O Tratamento Adequado de Conflitos no Processo Civil Brasileiro*, Dissertação de Mestrado PPGDIR/ UFES, 2017, p. 110. Repositório de Teses e Dissertação, [https:// biblioteca. ufes. br/ biblioteca- digital- de- teses- e- dissertacoes- bdtd](https://biblioteca.ufes.br/biblioteca-digital-de-teses-e-dissertacoes-bdtd), acesso em 08 de junho de 2021.

49 ANDRADE, Juliana. Reconocimiento y Eficacia de los Acuerdos de Mediación Mercantil Internacional. *Contemporary Tendencies in Mediation*. Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Juliana Loss de Andrade (Orgs). Madrid: Editorial Dykinson, 2015, 169.

50 MONTINERI, Corinne, The United Nations Commissions on International Trade Law (UNCITRAL) and the significance of the singapore convention on mediation. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 20(4) , 1023-1036. 2019 p. 1024.

51 TARTUCE, Fernanda, O Novo Marco Legal da Mediação no Direito Brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 258, 2016, p. 495 – 516, Ago/ 2016, p. 2.

52 VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandriani. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETTI JR., Hermes (Org). *Justiça Multipostas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 545.

nização do direito internacional. No âmbito universal, a Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (UNCITRAL), desde 1980, reconheceu o valor da mediação com a aprovação do Regulamento de Conciliação – termo que se utiliza como sinônimo de mediação naquela organização - e, posteriormente, com a Lei Modelo UNCITRAL sobre Conciliação Comercial de 2002⁵³. Em 2018 a adoção da Convenção de Singapura e da Lei Modelo da UNCITRAL sobre mediação internacional e acordos internacionais resultantes da mediação⁵⁴ - substitutiva da Lei Modelo anterior de 2002 - a UNCITRAL reafirma a importância da mediação para a dimensão comercial internacional.

No âmbito regional do Mercosul, também a garantia de acesso à justiça foi objeto de diferentes iniciativas destinadas, entretanto e, preferencialmente, à facilitação da acessibilidade de pessoas físicas e jurídicas às cortes, conforme se identifica nos Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul; no Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do Mercosul e no Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados-Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Foi com o Acordo de Buenos Aires sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmado em 23 de julho de 1998, vigente nos quatro países do Mercosul, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, que se incorpora no regime normativo do bloco a regulação da arbitragem como uma via de solução de conflitos e de acesso à justiça.

Entretanto, quanto aos mecanismos auto compositivos, em particular a mediação - embora as legislações nacionais tenham contemplado regras próprias de fontes autônomas, quer seja desde uma perspectiva da mediação pública judicial somente e/ou quer seja extrajudicial⁵⁵ - a sua regulamentação pelo bloco regional ainda é um desafio.

53 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002). In: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/03-90953_ebook.pdf acesso em 08 de Março de 2023.

54 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002). Texto em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf, acesso em 08 de Março de 2023. .

55 A maioria dos países do Mercosul possui legislações autônomas sobre a mediação, porém, muitas delas voltadas ao auxílio do método judicial de solução de conflitos. Na Argentina a Lei 26. 589, promulgada em 03 de Maio de 2010, regulamenta a utilização da mediação e da conciliação em caráter prévio e obrigatório aos processos judiciais. Texto em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>. Em Paraguai desde 2002 a mediação é objeto de legislação especial, a Lei 1879, de 24 e Abril de 2002, que a partir de seu Título II trata especificamente do método da mediação. Vid texto : <https://www.bacn.gov.py/archivos/4545/20160226105003.pdf>. Uruguai possui uma vasta experiência na regulação da mediação como mecanismos de pacificação social, desde 1996 se cria o centro de mediação no poder judiciário uruguaio, institucionalizados posteriormente, em 2001, pela Lei 17. 296. mas, o reconhecimento jurídico da mediação se faz pela Lei 16. 995 de 9 de Junho de 1998, ainda desde a ótica pública-judicial. Atualmente, a mediação é objeto de legislação específica no tema dos conflitos coletivos de trabalho (Lei 18. 566). Vid <https://www.maparegional.gob.ar/accesojusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=uy>. Brasil, mesmo com uma previsão preâmbulo da Constituição Federal de 1988, foi apenas em 2010, através da resolução do Conselho Nacional e Justiça (Res. CNJ 125/ 2010), que a mediação passou a ser objeto de reconhecimento de uma legislação específica. Em 2015, finalmente, um microsistema da autonomia privada no campo da solução de conflito é fortalecido com a promulgação da Lei 13. 140/ 2015 (Lei de Mediação).

A despeito das afirmações acima, no que concerne a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico, na Resolução do Grupo Mercado Comum - GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, uma abertura pode se observar quando a referida resolução determina aos Estados que propiciem “mecanismos de resolução de controvérsias *online* ágeis, justos, transparentes, acessíveis e de baixo custo, a fim de que os consumidores possam obter satisfação às suas reclamações⁵⁶”. Assim, é através da pauta de proteção do consumidor que a mediação inicia sua regulação no bloco regional do Mercosul.

5.1. PAUTA CONSUMERISTA NO MERCOSUL: UM LARGO PERCURSO

No direito originário do Mercosul, com destaque o Tratado de Assunção e o Protocolo de Ouro Preto, não foi explicitada menção direta ao consumidor e à sua proteção. Desta forma, não emanam desses instrumentos jurídicos referências diretas à temática dos contratos internacionais de consumo e dos direitos dos consumidores. Foi através da atuação lateral e derivada de órgãos de decisão do bloco que, finalmente, o consumidor passou a ser objeto de preocupação na teia regulatória do Mercosul.

Os marcos iniciais para a harmonização normativa da defesa do consumidor no Mercosul remontam-se à Decisão Conselho Mercado Comum (CMC) n. 11/1993, na qual se constatou a relevância de sua proteção, inclusive para o fortalecimento do próprio projeto de integração. A partir desta Decisão se institui, em 1993, pelo Subgrupo de Trabalho nº. 10 do Grupo Mercado Comum (GMC), a Comissão de Estudos do Direito do Consumidor. Os estudos e as propostas travadas pela Comissão de Estudos inspiraram os primeiros instrumentos destinados à proteção do consumidor no Mercosul.

A instauração de uma regulação regional em matéria de consumidor deve-se, assim, ao legado da comissão de estudos e à institucionalização promovida pelo Protocolo de Ouro Preto, através da instituição formal da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) e os seus Comitês Técnicos. Coube à atuação do Comitê Técnico de Defesa do Consumidor (CT-7) inaugurar um projeto Regulamento Comum de Defesa do Consumidor, por via da Diretiva MERCOSUL/CMC 1/1995⁵⁷. Em 1996, na reunião da CCM cinco Resoluções (123/96 a 127/96) relativas à proteção do consumidor são aprovadas, iniciando-se, assim, uma pauta regulatória regional sobre seu direito até então ausente no sistema jurídico do Mercosul.

56 Art. 8. Resolução GMC nº 37/ 19, de 15 de julho de 2019, do Grupo Mercado Comum

57 Interessante e original abordagem sobre a trajetória da regulação da matéria consumerista no Mercosul é analisada por GOMES, Joséli F. Uma análise da proteção do consumidor no mercosul: “la trama y el desenlace”, Revista de Direito do Consumidor, vol. 82/ 2012, pp. 213 – 263.

Com efeito e a partir de tal aprovação, consolida-se a ideia de que “*cada una de las resoluciones es percibida como uno de los capítulos de un reglamento común*”⁵⁸. O Projeto de Regulamento, posto à discussão pelos Estados partes em 1997, foi, entretanto, rejeitado. Dentre as justificativas apresentadas para tal negativa se apontam as diferenças nos graus de proteção concebidos pelos ordenamentos jurídicos internos ao tema consumerista, assim como a superficialidade do regime protetivo. Neste sentido, o Regulamento “representaria diminuição ou retrocesso no nível de proteção das legislações brasileira e argentina, já que trazia definições superficiais e não mencionava determinações quanto à responsabilização dos fornecedores”⁵⁹.

Em que pese os labirintos da sistematização dos direitos e garantias dos consumidores no Mercosul, nas relações contratuais consumeristas intra-bloco importantes iniciativas devem ser remarcadas, como exemplos a harmonização jurídica em prol da promoção de soluções adequadas aos conflitos de leis e a definição da jurisdição em eventuais controvérsias consumeristas no âmbito do Mercosul.

Na esfera da lei aplicável, em 2017, um Acordo sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo é finalmente aprovado por ocasião da LI Reunião do CMC e da Cúpula dos Chefes de Estado do Mercosul e os Estados Associados⁶⁰. Entretanto, não obstante a importância do consenso logrado para uma política protetiva do consumidor no Mercosul, tal acordo não está vigente, uma vez que ainda se aguardam as devidas incorporações da legislação regional nos ordenamentos dos Estados partes do Mercosul.

No que se refere à jurisdição, a busca pela viabilidade de uma uniformização “possível ou mínima” em questões de consumo no Mercosul, permitiu a aprovação do Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Consumo, através da Decisão 10/1996 do CMC, em 22 de novembro de 1996⁶¹.

O Protocolo de Santa Maria determina os critérios e limites para um adequado exercício jurisdicional em termos contratuais em matéria de consumo.

58 BOURGOIGNIE, Thierry, Integración regional y la protección del consumidor en las Américas y en Europa. In: The global financial crisis and the need for consumer regulation: new development international protection of consumers. In: MARQUES, Claudia Lima, ARROYO, Diego Fernandez, Ramsay, IAN, Pearson, GAIL (Org.) Porto Alegre/ Asunción:Orquestra, 2012, pp. 113-180.

59 GOMES, Joseli F. Uma análise da proteção do consumidor no mercosul: “la trama y el desenlace”, Revista de Direito do Consumidor, vol. 82/ 2012, p. 9.

60 Texto em “Atos adotados por ocasião da LI Reunião do CMC e da LI Cúpula de Chefes de Estado do Mercosul e Estados Associados – Brasília, 20 e 21 de dezembro de 2017” <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18097-atos-adotados-por-ocasio-da-li-reuniao-do> acesso em 08 de Março de 2023.

61 O Protocolo de Santa Maria foi aprovado pela Decisão do Conselho do Mercado Comum nº. 10/ 96 (MERCOSUL, CMC, DEC. Nº. 10/ 96) de 17 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75315.pdf>. Acesso em 08 de Março de 2023.

Embora representante de um importante marco jurídico para a proteção do consumidor nas suas relações contratuais no Mercosul esse instrumento não se encontra em vigor. Uma das razões de sua não efetividade nos países do bloco é a imposição estabelecida pelo artigo 18 do próprio Protocolo, quanto à sua vigência, ao atrelá-la à necessidade da aprovação pelo Conselho do Mercado Comum do Regulamento Comum do Mercosul de Defesa do Consumidor que, como mencionado, não foi aceito pelos Estados partes do Mercosul.

Este instrumento, ainda não vigente, com o intuito de garantir direitos da parte mais fraca “abre uma exceção à regra geral da competência do foro do domicílio do réu para (...) ao admitir o ajuizamento da ação no foro do domicílio do consumidor⁶²”. Assim, a necessidade de ponderação entre a determinação dos limites do exercício jurisdicional e o princípio do acesso à justiça na busca pela concretização de direitos substanciais, como os relacionados ao consumo, prevaleceu, na regra mercosurenha, conforme a leitura do artigo 4 do Protocolo de Santa Maria, o foro do domicílio do consumidor:

Art. 4. Terão jurisdição internacional nas demandas ajuizadas pelo consumidor, que versem sobre as relações de consumo, os juízes ou tribunais do Estado em cujo território esteja domiciliado o consumidor⁶³.

Esse critério especial de fixação de competência em matéria de contratos internacionais de consumo é adotado, seja de forma direta ou indiretamente, nas legislações internas dos países do Mercosul⁶⁴ e pela experiência europeia de regulação da jurisdição em matéria de contratos internacionais de consumo, particularmente através do Regulamento (UE) nº. 1.215/2012 sobre a competência

62 TIBURCIO, Carmen, *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*, Salvador: Jus PODIVM, 2016, p. 75.

63 Art. 4 do Protocolo de Santa Maria. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75315.pdf>. Acesso em 08 de Março de 2023.

64 Na Argentina, a determinação da jurisdição em matéria de relações transacionais de consumo é estabelecida conforme a qualidade do ator da ação, ou seja, sendo o consumidor esse possui múltiplos fóruns concorrentes à sua escolha, por outro lado, se o consumidor for o requerido, a ação só poderá ser apresentada aos juízes do Estado do seu domicílio, exclusivamente (Código Civil e Comercial da Nação, Lei n. 26. 994, Título IV sobre as Disposições de Direito Internacional Privado, capítulo 3, seção 12). Texto em http://www.sajj.gob.ar/docs/fl_codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. A recente Lei uruguaia de Direito Internacional Privado, Lei n. 19. 920/ 20, em nível das relações de consumo, determina que será de jurisdição dos tribunais Uruguaios quando o consumidor for demandante, desde que o contrato seja celebrado na República ou a prestação do serviço ou a entrega dos bens objeto da relação de consumo tenha sido efetuada na República (art. 59), esta previsão condiciona a utilização do critério especial de proteção de vulneráveis em termos de jurisdição, não diretamente ao local de domicílio do consumidor, mas, do local de celebração contratual ou da entrega do bem, assim, será competente a autoridade judiciária uruguaia em relações transacionais de consumo celebradas em seu território ou quando ali será o local de entrega do bem. Texto em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu3891084306799.htm>. No Paraguai, embora inexistente regulação específica indicativa de critério especial quanto à matéria de consumidor transfronteiriço, existe uma tendência em se empregar o princípio da aplicação da lei mais benéfica ao consumidor no âmbito de sua proteção (vid. PALACIOS FANTILLI, Juan Martín “La Protección jurídica de los consumidores en el Paraguay y su impacto en la economía, in <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Juan-M-Palacios-F-Proteccion-Juridica-Consumidores.pdf>. No Brasil, como inovações trazidas pelo Código de Processo Civil Lei n. 13. 105 está a incorporação de um critério especial destinado à proteção do consumidor que atribui competência à jurisdição brasileira quando o consumidor for domiciliado no Brasil (art. 22, II). Texto em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/174276278/lei-13105-15#art-189>, acesso em 08 de Março de 2023. .

judicial, o reconhecimento e a execução das decisões judiciais em matérias civil e comercial (reformulação) - Regulamento Bruxelas I bis⁶⁵.

Na busca por uma adequação do exercício jurisdicional e a critérios e possibilidades alternativas de jurisdição em matéria de contratos internacionais de consumo são previstos no Protocolo de Santa Maria critérios alternativos de determinação da jurisdição no artigo quinto do Protocolo anteriormente mencionado, dentre eles o local da celebração do contrato, o cumprimento da prestação do serviço ou a entrega da mercadoria, ou, ainda, o domicílio do réu. Tais alternativas são oferecidas excepcionalmente e a sua escolha dependerá da vontade exclusiva do consumidor⁶⁶.

No campo do comércio eletrônico, embora ainda ausente uma regulamentação própria quanto à lei aplicável e à jurisdição competente, duas inovações se destacam quanto à proteção do consumidor, a já referida Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, do Grupo Mercado Comum, que dispõe sobre a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico e o recente Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul, de 24 de Abril de 2021.

O Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul, ainda não vigente, remarca no debate da contratação eletrônica, a importância da proteção do consumidor em linha e a necessária aplicação das normativas intra-bloco existentes, em especial, a Resolução GMC nº 37/19. Ambas iniciativas regionais destinam-se à promoção do aperfeiçoamento do cenário de proteção do consumidor e trazem para a pauta consumerista os mecanismos auto compositivos de solução de conflitos de consumo em linha no Mercosul.

5.2. OS ODRS NO MERCOSUL E A RESOLUÇÃO GMC Nº 37/19

Na 89 reunião do Comitê Técnico n. 7 (CT-7), realizada em San Juan, na Argentina, nos dias 25 e 26 de julho de 2019, os órgãos nacionais de defesa do consumidor dos Estados membros do Mercosul, dentre os quais a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON)⁶⁷ - a representante brasileira do

65 Este instrumento foi publicado no Diário Oficial da União n. L 351, em 20 de dezembro de 2012. Está vigente, exceto em Dinamarca, desde 10 de Janeiro de 2015 (artigo 81) e substituiu os seus precedentes tanto o Regulamento (UE) nº. 44/ 2001, como a Convenção de Bruxelas de 1968. REGULAMENTO (UE) N. 1215/ 2012 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação). Texto em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>. Acesso em 08 de Março de 2023.

66 Protocolo de Santa Maria, art. 5: “Também terá jurisdição internacional, excepcionalmente e por vontade exclusiva do consumidor, manifestada expressamente no momento de ajuizar a demanda, o Estado; a. de celebração do contrato; b. de cumprimento da prestação de serviços ou da entrega dos bens; c. de domicílio do demandado”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaNorma/forumCorteSupremaNorma_AP_75315.pdf>. Acesso em 08 de Março de 2023.

67 A SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor), instituída pelo Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, integra o Ministério da Justiça e Segurança Pública. Suas atribuições estão previstas no art. 106 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 3º do Decreto nº 2.181/97 (que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor). Como competência primordial da Secretaria Nacional do Consumidor está o planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional

Comitê – adotaram a proposta de resolução sobre a proteção do consumidor em transações realizadas através de meios digitais entre consumidores e fornecedores estabelecidos ou que promovam os seus produtos e/ou serviços no Mercosul. Conforme o internormativo do bloco, após acatada a proposta pela CT-7, a mesma foi levada à deliberação no Grupo Mercado Comum (GMC) que em sua 51ª reunião extraordinária aprova a Resolução GMC nº 37/19⁶⁸.

A Resolução, desde o seu âmbito espacial, se aplica aos Estados partes do Mercosul, silenciando quanto à sua extensão aos Estados associados do bloco regional. Abrange as relações de consumo realizadas por meios eletrônicos entre consumidores e fornecedores, radicados ou estabelecidos em algum dos Estados do Mercosul ou - quanto aos fornecedores – desde que operem comercialmente e promovam o seu produto e/ou serviço sob algum de seus domínios de internet em localidades daqueles Estados. Materialmente, a Resolução responde por um instrumento de harmonização de direitos e obrigações básicas em prol da ampliação de um subsistema de defesa dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico no Mercosul. Os seus dispositivos ampliam o regime de proteção regional aos consumidores e contribui para a consolidação de uma política regional que lhes seja protetiva em suas relações realizadas sob suporte da internet.

Dentre os direitos e obrigações previstos destacam-se o dever de garantir aos consumidores informações precisas, verídicas, de fácil acesso sobre o fornecedor, o produto e/ou o serviço ofertado. Em concreto, o artigo segundo da normativa detalha as informações que o fornecedor deve prestar ao consumidor de forma prévia à formalização do contrato, através de seu sítio de internet ou outro meio eletrônico. Dentre elas se enumeram, por exemplo, a localização e identificação do fornecedor; registros e características do produto e/ou serviços; preço e modalidades de pagamento e garantia; e quaisquer outras informações essenciais do produto e/ou serviço que devam ser de conhecimento do consumidor⁶⁹.

Também estão previstas na Resolução a garantia do direito de arrependimento ou retratação do consumidor, conforme a legislação aplicável aos contratos eletrônicos de consumo⁷⁰ e o dever do fornecedor em proporcionar ao con-

das Relações de Consumo, que por sua vez possui como um de seus objetivos “(iv) participar de organismos, fóruns, comissões ou comitês nacionais e internacionais que tratem da proteção e defesa do consumidor ou de assuntos de interesse dos consumidores, dentre outros.” No Mercosul a SENACON representa os interesses dos consumidores brasileiros e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, especialmente, ao fazer parte do Comitê Técnico n. 7 da Comissão de Comércio do Mercosul. Vid legado em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/o-que-e-senacon>. Acesso 08 de Março de 2023.

68 Texto em : https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73867_RES_037-2019_PT_Prote%C3%A7%C3%A3o%20Consumidor%20Com%C3%A9rcio%20Eletr%C3%B4nico.pdf, Acesso em 08 de Março de 2023.

69 Art. 2 Resolução GMC n. 37/ 19 https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73867_RES_037-2019_PT_Prote%C3%A7%C3%A3o%20Consumidor%20Com%C3%A9rcio%20Eletr%C3%B4nico.pdf, Acesso em 08 de Março de 2023.

70 Art. 6 Resolução GMC n. 37/ 19 “ O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento ou retratação nos prazos que a norma aplicável estabelecer” https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73867_RES_037-2019_PT_Prote%C3%A7%C3%A3o%20Consumidor%20Com%C3%A9rcio%20Eletr%C3%B4nico.pdf, Acesso em 08 de Março de 2023.

sumidor um serviço eficiente de atendimento de suas consultas e reclamações⁷¹. Além de diversas disposições sobre a formalização contratual, como o acesso fácil aos termos contratuais e a possibilidade de armazenamento pelo consumidor; redação contratual clara, legível facilmente, sem menções a textos ou termos não disponibilizados simultaneamente. Além do dever do fornecedor de disponibilizar ao consumidor um mecanismo de confirmação expressa da decisão de efetuar a transação, de forma com que o seu silêncio não seja considerado consentimento⁷².

Em relação aos sistemas de solução de conflitos é notória a opção realizada pela Resolução GMC nº 37/19 por mecanismos auto compositivos. É o que se pode subtrair da leitura do seu artigo 8º que expressamente prevê a obrigação dos Estados Partes do Mercosul de propiciar instrumentos para que os fornecedores “adotem mecanismos de resolução de controvérsias online ágeis, justos, transparentes, acessíveis e de baixo custo, a fim de que os consumidores possam obter satisfação às suas reclamações⁷³”.

A resolução *online* de disputas, conhecidas como as ODRs (*Online Dispute Resolution*), fenômeno multifacetado, pode se configurar em distintas formas e amplitudes. Como elemento caracterizador está a incorporação de tecnologias de informação e comunicação na solução do conflito através de diversos mecanismos adequados de sua solução (ADRs). Tal incorporação pode se limitar à “transposição para a internet e a telefonia móvel de conflitos que antes dependiam de encontros presenciais⁷⁴”. A interação entre tecnologia e os mecanismos de solução de conflitos, entretanto, pode ser mais ampla e abrangente do que a mera atualização de canais de comunicação. Nesse sentido, as resoluções *online* de disputas podem se valer de tecnologia de comunicação e informação para criar ambientes e procedimentos inéditos que incrementem a possibilidade de consenso entre as partes⁷⁵. Neste sentido, Maria Mercedes afirma que

“...los ODR se inspiran en los mecanismos alternativos de solución de controversias. Sin embargo, es posible sostener que no se limitan a su transposición a un ambiente electrónico. Por un lado, porque la tecnología ofrece nuevas posibilidades para administrar la resolución de disputas. Por el otro, debido a que algunos mecanismos de ODR cuentan con un mayor

71 Art. 7 Resolução GMC n. 37/ 19 “ O fornecedor deve proporcionar um serviço eficiente de atendimento de consultas e reclamações dos consumidores” https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73867_RES_037-2019_PT_Prote%C3%A7%C3%A3o%20Consumidor%20Com%C3%A9rcio%20Elet%C3%B4nico.pdf, Acesso em 08 de Março de 2023.

72 Artigos 3, 4 e 5 da Resolução GMC n. 37/ 19 https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73867_RES_037-2019_PT_Prote%C3%A7%C3%A3o%20Consumidor%20Com%C3%A9rcio%20Elet%C3%B4nico.pdf.

73 Art. 8 Resolução GMC n. 37/ 19 https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73867_RES_037-2019_PT_Prote%C3%A7%C3%A3o%20Consumidor%20Com%C3%A9rcio%20Elet%C3%B4nico.pdf, Acesso em 08 de Março de 2023.

74 ARBIX, Daniel e MAIA, Andrea, Uma introdução à resolução online de disputas. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 3, Abr - Jun / 2019, p. 3

75 ARBIX, Daniel e MAIA, Andrea, Uma introdução à resolução online de disputas. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 3, Abr - Jun / 2019, p. 3

componente tecnológico, al grado que la tecnología es el elemento prevaleciente y difícilmente podrían existir sin un soporte tecnológico ⁷⁶”

A possibilidade da utilização da internet e de plataformas online de solução de disputas promovem, desta forma, novos contornos e desenhos na utilização de mecanismos adequados de solução de conflitos como a mediação. Os desafios para sua implementação são de diversas ordens, desde formatação e formalização de plataformas especializadas até a necessária inclusão de garantias fundamentais na estruturação dos sistemas *online* para o adequado exercício e acesso do método auto ou hetero compositivo como instrumentos de pacificação social.

No Brasil, a plataforma “Consumidor.gov.br”, implementada através da Secretaria Nacional do Consumidor - SENACON, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, promove, nos moldes do modelo europeu, um ambiente virtual em que consumidor e fornecedor se comunicam com o intuito de solucionar um conflito. A tecnologia, gratuita, é utilizada de forma a permitir a “interlocação direta entre consumidores e empresas, em uma troca de mensagens pelo meio eletrônico”⁷⁷. A plataforma brasileira foi constituída a partir do Decreto nº 8.573/2015⁷⁸ e à diferença da europeia não se restringe a disputas *online*. Em uma análise comparativa, chama atenção Marcelo Marques que “de proposta semelhante criada na União Europeia (embora ambas possuam características e escopos diversos), a brasileira tem demonstrado números bastante mais expressivos até o momento⁷⁹”, nesse mesmo sentido,

The Brazilian ODR platform Consumidor.gov seems to be thriving compared to the EU ODR platform: 800,000 complaints have been submitted over the last two years (compared to 60,000 in the EU), traders respond to almost 100% of complaints, the majority of consumers indicate that their complaints have been resolved through the platform⁸⁰.

Na 93ª Reunião do Comitê Técnico nº 07 de Defesa do Consumidor (CT-7) do Mercosul, em consonância com o previsto na Resolução GMC 37/19- que expressamente a preconiza a cooperação entre os órgãos nacionais de proteção do consumidor entre os Estados partes –foi tratada a criação de sistema Mercosul de convergência de plataformas nacionais de solução de conflitos do consumo até

76 ALBORNOZ, Maria M. Online Dispute Resolution (ODR) para el comercio electrónico en clave brasileña. *Direito. UnB*, Setembro-Dezembro, 2019, V. 03, N. 1, 25-51, p. 36.

77 MARQUES, Ricardo. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 5, 2019, 1-38, p. 14.

78 Decreto nº 8. 573/ 2015 que dispõe sobre o Consumidor. gov. br, sistema alternativo de solução de conflitos de consumo, e dá outras providências. Texto em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8573.htm. Acesso em 08 de Março de 2023.

79 MARQUES, Ricardo. A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 5, 2019, 1-38, p. 14.

80 SCHMIDT-KESSEN, Maria José; NOGUEIRA, Rafaela; CANTERO GAMITO, Marta. Success or Failure? – Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and in the EU. *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper N. 19-17*, 19 de abril de 2019. p. 22. Citado por MARQUES, Ricardo, A resolução de disputas online (ODR): do comércio eletrônico ao seu efeito transformador sobre o conceito e a prática do acesso à justiça, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 5, 2019, 1-38, p. 14.

o final de 2022, o que ainda não foi implementado⁸¹. Enquanto a plataforma regional não se consolida “Consumidor.gov.br” vem sendo utilizada, em maior e menor medida, pelos demais países do Mercosul⁸².

6. CONCLUSÕES

Para Cecilia Fresnedo “access to justice has been considered the most fundamental human right in a modern egalitarian legal system that tries to guarantee and not only proclaim the rights of everybody”⁸³. O presente artigo teve como escopo aproximar a análise do acesso extramuros à justiça, especialmente, através da mediação, no âmbito do regime de proteção do consumidor a partir de um olhar comparado.

Inicialmente, se propôs a compreensão do movimento de desjudicialização dos conflitos e sua aproximação ao sistema regulatório de Portugal e do Brasil. Posteriormente, buscou trazer ao debate a mediação os litígios de consumo na União Europeia e do Mercosul, para, finalmente, a partir de uma análise conclusiva, incorporar ao texto um olhar comparado dos dois regimes jurídicos.

Restou demonstrada a complexidade da trajetória de sistematização de regras destinadas à proteção do consumidor. Mesmo assim, no Mercosul, nas relações contratuais consumeristas intrabloco importantes iniciativas foram remarcadas: o Protocolo de Santa Maria, sobre jurisdição em matéria de contratos de consumo e o Acordo sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo. Embora de relevância fundamental para a segurança e proteção da circulação de relações jurídicas consumerista no bloco, as duas iniciativas, como referido no artigo, não estão ainda vigentes.

No campo do comércio eletrônico e da proteção do consumidor, foram apontadas duas inovações: o recente Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul de 24 de Abril de 2021 que proclama a necessidade de aprimoramento da proteção do consumidor nos contratos eletrônicos e a Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, que abra a porta para a utilização de mecanismos online de resolução de disputas entre consumidores e empresas no Mercosul.

Diante deste quadro e no que tange à ausência de materialização de regras específicas à utilização da mediação, estima-se que a sistematização dos direitos e garantias dos consumidores no Mercosul continua a carecer de alternativas razoá-

81 Ministério da Justiça e da Segurança Pública <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/plataforma-brasileira-de-atendimento-ao-consumidor-e-destaque-em-comite-do-mercosul>. Acesso em 08 de Julho e 2021.

82 Ministério da Justiça e da Segurança Pública <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/plataforma-brasileira-de-atendimento-ao-consumidor-e-destaque-em-comite-do-mercosul>. Acesso em 08 de Julho e 2021.

83 FRESNEDO, Cecilia, A., Curso de Derecho Internacional Privado – Parte General, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2019, p. 172.

veis e seguras para a solução de disputas consumerista e para o acesso à justiça no bloco regional. Embora uma abertura possa se sentir com a Resolução GMC n. 37/19 em prol da utilização de ODS como via de pacificação social, em matéria de consumo no Mercosul, uma pauta regulatória regional para os mecanismos extrajudiciais auto compositivos ainda não é uma realidade⁸⁴.

De outra parte, na União Europeia, a questão encontra-se normatizada pelo Regulamento RLL. O sistema proposto aplica-se aos litígios decorrentes de relações comerciais eletrônicas, advindas de obrigações contratuais de compra e venda ou de prestação de serviços online, desde que as partes (consumidor e comerciantes) sejam residentes ou estabelecidos na União Europeia. Dado o grande fluxo de turistas aos Estados membros da União Europeia, que durante os períodos de viagem estabelecem diversos contratos de consumo, tanto *online* quanto físicos, um sistema que atendesse a essas pessoas, nos moldes do existente, poderia também ser salutar, na medida em que garantiria segurança jurídica a esses consumidores não residentes no espaço comunitário.

Sendo assim, ao analisarmos o cenário normativo em Portugal e no Brasil, temos que ambos os países conseguiram normatizar a mediação de consumo, com a possibilidade de realização por meios online. Passando para uma análise macro, no âmbito regional, temos que a União Europeia, para os litígios de consumo entre consumidores e comerciantes localizados na União, o sistema instaurado consegue responder de maneira satisfatória às demandas propostas. Já no âmbito do Mercosul não há normativa que defina um sistema de específico destinado a compor um espaço virtual de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores, o que é desejável para aprofundar o processo de integração intrabloco.

84 A Resolução GMC n. 37/ 19, representativa de um marco inicial na construção de uma pauta para a promoção da utilização de mecanismos auto compositivos no Mercosul, embora incorporada por Argentina, Brasil e Paraguai, ainda não o foi por Uruguai, não estando, desta forma, registrada a sua vigência. Não obstante tal fato, o impacto da mencionada Resolução já pode ser observado no âmbito da consolidação e aprimoramento de um regime de proteção do consumidor no Mercosul no que tange às suas relações em linha e às soluções online de disputas.

NOVOS RUMOS DO PROJETO TURISTA PERANTE À HCCH: NOTAS SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM UM PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DE 1980 OU EM UMA *SOFT LAW* SOBRE REGRAS MÍNIMAS APLICÁVEIS ÀS ADR/ODR

CLAUDIA LIMA MARQUES¹

TATIANA CARDOSO SQUEFF²

1. INTRODUÇÃO

Em 2013, o governo brasileiro submeteu um projeto de Convenção sobre *‘Co-operation in respect of the Protection of Tourists and Visitors abroad’* para a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia (HCCH). Esse projeto tinha como condão diminuir a existência de ações interjurisdicionais propostas por consumidores-turistas internacionais quando enfrentassem problemas relativos à sua estada no exterior. Isso porque, tais ações, quando propostas no seu país de residência habitual, são rotineiramente consideradas custosas³ e ineficientes em termos de resultados⁴ para todas as partes envolvidas, de maneira que seria

1 Professora Titular de Direito Internacional Privado (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS). Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores da Associação de Direito Internacional (Londres). Diretora da Associação Internacional de Direito do Consumidor - IAACL e do Centro de Estudos Europeus e Alemães, CDEA-DAAD, Porto Alegre. Doutora *Juris Utriusque* (Ruprecht-Karls Universität Heidelberg). Legum Magister (Eberhard-Karls Universität Tübingen), Diploma em European Integration (Universität des Saarlandes), SDJ (UFRGS). Ex-Presidente da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP, Asunción) e do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Direito e Política do Consumidor, Brasília).

2 Professora adjunta de Direito Internacional (Universidade Federal de Uberlândia, UFU – Graduação e Pós-Graduação) e de Relações Internacionais (Universidade Federal de Santa Maria, UFSM – Pós Graduação). Pós-Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Doutora em Direito Internacional (Universidade Federal do Rio Grande do Sul com período sanduíche junto à University of Ottawa) e mestre em Direito Público (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período de estudos junto à University of Toronto). Membro da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) e da International Law Association (ILA-Brasil).

3 Noutro texto, afirmamos que *“cross-border claims [...] without a specific agreement tend to be very costly (because of the cautio judicatum solvi, attorney fees, etc.) and difficult to enforce (due to the non-recognition of the judgments rendered abroad) – notably when the claim has a small amount and because of existing forum non conveniens clauses that limit a suit to be heard/ processed in many nations worldwide”*. MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Normative developments for the protection of tourist-consumers under private international law: local, regional and global efforts. *Macau Journal of Brazilian Studies*, v. 5, pp. 69-96, 2022, p. 81-82.

4 A ineficiência está atrelada na eventual impossibilidade de executar sentenças outorgadas em foros estrangeiros, os quais podem rejeitar o reconhecimento por considerarem a jurisdição que envolve as relações de consumo, por vezes, exorbitante. Sobre o tema, inclusive, existe outra Convenção no âmbito da HCCH que limita a circulação de sentenças estrangeiras sobre este tema a algumas poucas circunstâncias para não prejudicar a parte vulnerável. Cf. ARAÚJO, Nádia de; DE NARDI, Marcelo. A Convenção da Haia de 2019 sobre sentenças estrangeiras: proteção do consumidor e os interesses brasileiros. *Revista de Direito do Consumidor*,

desejável que houvesse um instrumento voltado à promoção do acesso à justiça, seja no país em que o indivíduo sofrera o dano, seja por meios alternativos de disputas.

Assim, o Projeto Turista, como igualmente é chamada a proposta brasileira, permaneceu na agenda da Organização por vários anos, sendo objeto de diversos documentos que, em sua totalidade, apontavam não só para a existência de um *legal gap* no ordenamento internacional sobre o tema, como também para a viabilidade da sua adoção. Contudo, mesmo após a submissão de um segundo *draft* e de análises de consultores independentes, além do próprio contexto pandêmico que gerou diversos problemas para consumidores-turistas internacionais que tinham viagens programadas quando do fechamento das fronteiras, o texto não fora recomendado para adoção pelo Conselho de Assuntos Gerais e Políticos (CGAP, na sigla em inglês) da HCCH.

Nesse escopo, considerando a própria contemporaneidade do tema, talvez ainda fosse interessante seguir com os debates em torno da proteção consumidores-turistas internacionais. Assim, no presente texto, além de fazer-se um resgate detalhado sobre os debates do Projeto Turista no âmbito da Organização entre 2013 e 2022 (seção I), pretende-se ponderar sobre a possibilidade de converter-se o documento em debate em um Protocolo Adicional à Convenção de Acesso à Justiça de 1980, em razão do debate sob o seu bojo sobre a gratuidade judiciária e a caução a ser conferida pelo forasteiro não-domiciliado no Estado visitado, logo, sendo minimamente afeita ao tema que se debatia no âmbito do projeto brasileiro, ou mesmo em uma *soft law* contemplando standards mínimos – princípios – que deveriam ser seguidos pelos Estados quando da adoção ou indicação de meios alternativos/online de disputas por visitantes internacionais (seção II).

Por fim, salienta-se que, metodologicamente, o presente texto segue o método de abordagem dedutivo e o modelo descritivo-explicativo de análise. Ademais, avulta-se o uso das técnicas documentais e bibliográficas no que tange os procedimentos de pesquisa.

2. UM RESGATE SOBRE OS DEBATES PERANTE A HCCH: 2013-2022

A proposta brasileira de Convenção para a Cooperação em Matéria de Proteção de Turistas e Visitantes no Exterior permaneceu por quase dez anos na pauta da HCCH. O projeto de Convenção teve duas versões e passou pela análise de dois consultores contratados pela própria organização para verificar a necessidade

São Paulo, n. 126, pp. 297-320, 2019, p. 304; e MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Evolución Normativa para la Protección de los Consumidores Turísticos a la Luz Del Derecho Internacional Privado: Esfuerzos Locales, Regionales y Globales. In: LOPES, Inez; MORENO, Guillermo Palao; GASPAR, Renata Alvares; PALUMA, Thiago. (Org.). **Litigios Civiles Internacionales en el Espacio Iberoamericano**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 313-341.

e viabilidade da mesma diante de outros instrumentos internacionais existentes, culminando, porém, na adoção de um guia com indicações de mecanismos alternativos e online de disputas já existentes nos diversos Estados que poderiam ser buscadas pelos consumidores-turistas que eventualmente experimentem danos durante viagem ao exterior. Nesse escopo, nesta seção, discorreremos sobre a proposta e as suas mudanças ao longo dos anos.

2.1. O PROJETO BRASILEIRO PARA A EDIFICAÇÃO DE UMA CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO DE TURISTAS NO EXTERIOR: OS DOIS PRIMEIROS DRAFTS

Também conhecida como ‘Projeto Turista’, a proposta brasileira submetida à HCCH em 2013 tinha como objetivo edificar estruturas competentes que pudessem auxiliar o consumidor-turista em situações (a) *ex ante*, informando-o dos seus direitos e de suas possibilidades administrativas/judiciais em casos de infortúnios, assim como (b) em casos *ex post facto*, através da criação de formulários-modelo, a serem disponibilizados em diversos idiomas a fim de facilitar a ajuda concedida aos turistas-consumidores que enfrentassem alguma eventualidade no estrangeiro.

Noutros termos, o projeto brasileiro, de autoria da Professora Cláudia Lima Marques⁵, não apenas teria um caráter *informativo* na medida em que possibilitaria ao consumidor-turista conhecer dos seus direitos noutros países, mas também *prestativo*, pois os formulários auxiliariam tanto no registro de reclamações como na coleta das informações necessárias para buscar reparação pelos micro-danos⁶ sofridos nos locais de destino. Mas a tutela não se encerraria com a disponibilização/preenchimento/ encaminhamento de tais formulários, vez que o projeto igualmente previa a estruturação e/ou indicação⁷ de autoridades cen-

5 MARQUES, Cláudia Lima, *The Need for a Global Cooperation Network to Protect Foreign Tourists/ Consumers and the comeback of Private International Law*. In: HCCH. **The permanent bureau of the Hague Conference on Private International Law: a Commitment to Private International Law - Essays in honor of Hans van Loon**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 311.

6 Utiliza-se a expressão micro-danos, pois estes seriam os danos corriqueiros que o consumidor-turista pode enfrentar em sua estadia no exterior, porém, que, para além do dissabor, causam prejuízos financeiros ao mesmo, como o cancelamento de um show ou de um passeio turístico contratado, uma reserva em hotel ou em locadora de carros inexistente ou distinta daquela contratada, enfim, problemas comuns envolvendo contratos turísticos que não são cobertos por tratados internacionais (como são as questões envolvendo companhias aéreas) ou que ensejam a atuação de consulados/ embaixadas (tais como aquelas envolvendo furtos/ roubos). Apesar disso, registre-se que no primeiro *draft* da convenção, no art. 3, citava-se a aplicação da Convenção proposta para eventos de emergência, como “*travel accidents, climatic or nuclear or any catastrophic accidents without prejudice to special laws*”. Esta previsão, contudo, não se encontrava mais na segunda versão do projeto brasileiro datado de 2015, que, por outro lado, trazia a definição de ‘problemas relativos a serviços de turismo’ (logo, potenciais geradores de micro-danos) aos quais a Convenção proposta se destinaria a combater, compreendendo este como “*a tourism service purchased by the international tourist or which he or she has undertaken to purchase, in relation to transport, hotels, travel agency services, sightseeing, museums, national parks, or restaurants, or similar services*”, no art. 2(b). Ademais, ali também menciona que problemas como discriminação de preços de produtos e serviços ou aqueles relativos à segurança do turista internacional (aqui, compreende-se questões que dariam ensejo a acidentes de consumo, nos termos da legislação consumerista brasileira) também estariam abarcados por tal definição.

7 “Cabe citar que, ciente dos gastos que incorreriam com [a criação de novas] estruturas, a proposta brasileira também fomenta o aproveitamento dos órgãos já existentes nos Estados para o desempenho dessas atividades, tanto que o projeto visa assegurar que os turistas estrangeiros possam se beneficiar de sistemas de proteção ao consumidor já estabelecidos em todos os Estados e regiões signatárias, como o sistema ECC-Net da União Europeia e o Acordo Mercosul de 2005”. MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. *Novos Caminhos do Turismo Internacional: perspectivas para a proteção do consumidor turista no âmbito da Conferência da Haia*. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direito do consumidor: novas tendências e**

trais pelos Estados-Partes para auxiliarem efetivamente o consumidor-turista na busca por reparação.

Isso, pois, na medida em que tais instituições seriam voltadas a proteger os interesses dos consumidores-turistas por meio da assecuração de assistência mútua, informação e ações combinadas/coordenadas para mitigar os problemas perpassados, preferencialmente no Estado visitado ou mesmo no Estado de origem do visitante, acredita-se que elas facilitariam o acesso à justiça e, logo, a própria confiança⁸ dos consumidores na indústria de turismo. Por isso, inclusive, que o governo brasileiro teria optado pela Conferência da Haia enquanto local para propor a Convenção, vez que este foro apresenta um grande *know-how* na construção, na capacitação e na assistência de redes globais organizadas como estas.

Aliás, entre os nove artigos que contemplavam a proposta inicial, verifica-se uma preocupação substancial com o acesso à justiça. Por exemplo, no art. 4, sobre as autoridades centrais, o documento prescrevia que essas instituições deveriam assistir os consumidores-turistas a buscar os canais existentes de mediação ou mesmo judiciais (*small claims*) para buscar eventual reparação pelos danos sofridos.⁹ Já no art. 6, previa-se que o Estado visitado deveria assistir o consumidor-turista na busca por seus direitos sem qualquer tipo de discriminação relativo ao seu domicílio, residência ou nacionalidade – conexões essas que são barreiras rotineiras ao acesso à justiça no exterior.¹⁰⁻¹¹ Por fim, no art. 9, a proposta brasileira também propunha que o consumidor-turista tivesse acesso às mesmas condições referentes à assistência judiciária que os nacionais ou residentes habituais do Estado visitado, sem prejuízo à aplicação de regras que lhe fossem

perspectiva comparada. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 117.

- 8 A confiança é um pilar essencial para o Direito do Consumidor, sendo também considerado fundamental em casos internacionais. Isso porque, o citado princípio é “imamente em todo o Direito”. Ela é despertada pelas expectativas criadas por uns em relação aos outros no que tange as suas condutas, levando em consideração as ações passadas e presentes, as quais, se honestas e morais, promovem um sentimento legítimo de segurança em relação ao futuro, de que o ora prometido se concretizará. Logo, “em um sistema que privilegia a circulação dos bens, valoriza-se a confiança”, ou porque “confiam na reciprocidade da conduta do outro na relação [jurídica], ou porque confiam na tutela do Direito que torna exigível certo comportamento e sanciona a violação do dever, vão comportar-se de determinado modo”. MIRAGEM, Bruno. **A proteção da confiança no direito privado: notas sobre a contribuição de Claudia Lima Marques para a construção do conceito no Direito Brasileiro.** *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 114. a. 26, pp. 397-407, nov. / dez. 2017, p. 400.
- 9 HCCH. **Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.** 2013. Art. 4. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5b9d2a.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- 10 Noutro texto, reportando-nos ao estudo sobre a conveniência e viabilidade da proposta brasileira elaborado por consultor contratado pela HCCH, apontamos porque a nacionalidade/ domicílio podem ser barreiras ao acesso à justiça: “Another reason why such Convention is deemed desirable is making access to justice tangible for tourist-consumers. In regard to this topic, Mr. Guinchard has listed many issues that the Proposal may overcome if accepted at the HCCH, such as: the inability of visitors to use mediation/ conciliation schemes; the persistent denial to access justice in cross-border suits due to *cautio judicatum solvi* clauses, the inability of being physically present during the beginning of the proceedings and/ or the impossibility of staying within the country visited for the entire length of the suit; and, finally, the inexistence of tailored small claims procedures for cross-border situations”. MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Global governance and cooperation on tourist-consumer matters: arguments in favour of a legal instrument to protect international tourists at the HCCH. In: JOHN, Thomas; GULATI, Rishi; KÖHLER, Ben. (Org.). *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 371-387.
- 11 HCCH. **Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.** 2013. Art. 6

mais favoráveis provenientes de outros tratados, como a Convenção de 1980 da Haia sobre Acesso à Justiça.¹²

Após alguns debates iniciais, um segundo rascunho foi apresentado em 2015 pelo Brasil.¹³ Com dez artigos, diferentemente da primeira versão, dentre as justificativas preambulares para a sua adoção, salientam-se as dificuldades que os consumidores-turistas internacionais podem enfrentar em termos de acesso *apropriado e efetivo* à justiça – ou mesmo a procedimentos alternativos – para resguardar os seus interesses econômicos e a sua segurança, denotando que dentre as dificuldades enfrentadas por muitos deles no exterior não é propriamente a inexistência de um canal para tentar reverter certa situação, mas, sim, que este possa ser utilizado por eles e que os mesmos tenham chances de êxito.¹⁴

No tocante às autoridades centrais, o novo *draft* repisou a sua atuação em prestar informações sobre os procedimentos disponíveis no Estado de visita; entretanto, além disso, prescreveu a possibilidade de elas auxiliarem os consumidores-turistas que tenham retornado aos países de origem, determinando que elas atuem no resguardo dos interesses destes mesmo quando não estejam mais presentes no Estado, ou, ainda, caso um procedimento não tenha sido iniciado antes do retorno do consumidor-turista, que esta opção seja disponibilizada a ele caso seja essa a sua vontade.¹⁵

Ademais, no que diz respeito à não-discriminação, a nova proposta trouxe uma redação mais clara no art. 7, apontando que o consumidor-turista tem direito de acessar quaisquer meios de solução de disputas, sejam eles alternativos ou judiciais, disponíveis no Estado de visita como se ele fosse nacional ou residente habitual deste, incluindo os serviços de assistência judiciária gratuita. Outra regra igualmente importante é encontrada no art. 8 segundo o qual não seria necessário ao consumidor-turista prestar caução em virtude da sua nacionalidade ou domicílio/residência para figurar no polo ativo ou mesmo quando terceiro interveniente.¹⁶

Por fim, quando ao relacionamento entre a proposta brasileira e a Convenção da Haia de 1980 sobre Acesso à Justiça, apontou-se no novo *draft* para a necessidade de coordenação e cooperação entre os Estados-Partes de ambos os

12 HCCH. **Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad**. 2013. Art. 9. .

13 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad*. 2015. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5b9d2a.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5b9d2a.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

14 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad*. 2015. Preâmbulo 2 e 5.

15 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad*. 2015. Art. 5.

16 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad*. 2015. Arts. 7 e 8.

tratados a fim de os mesmos sejam aplicados de maneira complementar, nunca afastando-se, porém, quaisquer outros documentos que ofereçam maior proteção ao visitante internacional.¹⁷ Ou seja, nota-se que a promoção do acesso à justiça aos consumidores-turistas figurou de maneira mais clara e objetiva nessa segunda versão.¹⁸

Em 2017, solicitou-se um estudo concreto sobre a conveniência e viabilidade da proposta, tendo sido apontado Emmanuel Guinchard pra realizá-lo. Seu relatório, divulgado em março de 2018, evidenciou que o projeto era considerado desejável por três razões principais: (a) superar as lacunas informacionais, (b) aprofundar a comunicação entre as nações e suas instituições voltadas a tutela do consumidor, e (c) promover o acesso palpável de turistas a processos administrativos/judiciais. Muito embora Guinchard tenha afirmado que o ponto alto do projeto seria a sua tentativa de prevenir a insatisfação (*ex ante*) em detrimento de criar satisfação (*ex post facto*)¹⁹, não se pode negar que elas são vias complementares. Até mesmo porque, a “falta de divulgação explícita e sistemática de informações relevantes e de assistência ao consumidor-turista no exterior pode, em última análise, levar a uma denegação de justiça”, haja vista o indivíduo não ter opções menos custosas ou efetivas para optar.²⁰

Por isso, entende-se que a proposta brasileira contemplava ambos justamente porque advoga por um acesso à justiça efetivo e não-discriminatório, oferecendo opções jurisdicionais ao visitante lesado no exterior. Afinal, deve-se lembrar que essas opções nem sempre estão disponíveis e, por vezes, aquelas que estão, nem sempre seriam as mais benéficas considerando os gastos²¹, os prazos e a própria probabilidade de implementação de uma sentença favorável.

A proposta, apesar de tal relatório positivo, não foi colocada para debate no CGAP. Isso porque, durante a reunião de *experts* havida em 2019, alguns membros “mostraram-se resistentes à proposta brasileira, alegando que já existiam

17 HCCH. (Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad. 2015. Art. 9.

18 HCCH. (Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad. 2015. Art. 1(a).

19 HCCH. Final Report of the Experts' Group on the Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project). The Hague, 2018, p. 18. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/projects/legislative-projects/protection-of-tourists>. Acesso em: 23 mar. 2020.

20 MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **Novos Caminhos do Turismo Internacional: perspectivas para a proteção do consumidor turista no âmbito da Conferência da Haia**. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 124.

21 Acerca dos gastos, o consultor dedicou algumas páginas para comentar as benesses da proposta em relação à *cautio judicatum solvi*, que promove a denegação de justiça ao limitar a possibilidade de os consumidores-turistas acessarem tribunais forasteiros por impor-lhes sérios custos. Segundo o consultor, alguns países apresentam poder discricionário para o estabelecimento do montante a ser oferecido em *cautio* e até mesmo do prazo para o seu fornecimento, denotando a importância não só de limitar a cobrança de caução em si, mas também sobre a aplicação do princípio da não-discriminação em relação ao visitante internacional. HCCH. *Final Report of the Experts' Group on the Co-operation and Access to Justice for International Tourists (Tourism Project)*. The Hague, 2018, p. 35-37.

instrumentos para a solução de conflitos em matéria de consumo”.²² Em vista disso, foi encomendado um segundo estudo pela HCCH, o qual “revolucionou” o projeto original, voltando-se mais às soluções alternativas de litígios, como se discutirá na sequência.

2.2. A VIRADA DO PROJETO AOS MEIOS ALTERNATIVOS E ONLINE DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS E A INDICAÇÃO DE NOVOS CAMINHOS A SEGUIR

No ano de 2020 foi apresentado no mês de dezembro um segundo estudo encomendado pela HCCH. Neste, Nino Sievi, consultor contratado, foi ao encontro das conclusões obtidas por Guinchard ao confirmar a existência de um *legal gap* sobre a proteção internacional do consumidor-turista no âmbito do Direito Internacional Privado, expressando que as normativas existentes não eram destinadas a este assunto, logo, fazendo persistir a vulnerabilidade dos indivíduos em viagens ao exterior.

Por exemplo, o segundo consultor expressou preocupação com a questão da ineficiência em relação à execução de eventual sentença consumerista proveniente de outro Estado, tecendo que este problema não seria solucionado pela Convenção da HCCH sobre a Circulação de Sentenças de 2019.²³ Ademais, manifestou que a discriminação sofrida pelos consumidores-turistas internacionais e a sua limitação em acessar à justiça nos Estados de visita ou mesmo nos países de origem, especialmente em virtude das dificuldades relativas às provas e a outros procedimentos que deveriam ser realizados no exterior, não seriam resolvido pela Convenção da HCCH de Acesso à Justiça de 1980.²⁴

Apesar disso, Sievi asseverou que a proposta do Brasil também poderia ter um olhar mais apurado para o uso de ferramentas *LegalTech* e de meios alternativos de solução de disputa.²⁵ Mais especificamente,

[T]he consultant asserted the possibility of establishing a ‘common set of procedural standards’ under its scope for the protection of tourist-consumers through the use of information technology tools – which would include the provision of adequate ex ante information on their rights and on the use of such platforms and, also, of cooperation among States (through central authorities) aimed at facilitating the aforementioned resolution of disputes by alternative means under the principles of access

22 VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Vitória M.; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **A proteção internacional do consumidor turista na agenda da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado e do MERCOSUL: avanços e retrocessos.** *Revista de Direito do Consumidor*, v. 130, pp. 237-272, 2020, nota 55.

23 Sobre o tema, cf. item II. A de: MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **A proteção do Consumidor-turista perante à Conferência de Haia: entre a cooperação e a governança.** In: BORGES, Alexandre Walmott; GÁSPAR, Renata Alvares. (Org.). *El estado cooperativo constitucional y la gobernanza global: actualidad y desafíos.* Barcelona: Librant, 2020, p. 223

24 HCCH. **Annex II to the ‘Report of the Experts’ Group on the Cooperation and Access to Justice for International Tourists (Tourism and Visitors Project).** The Hague, 2020.

25 HCCH. **Annex II to the ‘Report of the Experts’ Group on the Cooperation and Access to Justice for International Tourists (Tourism and Visitors Project).** The Hague, 2020.

*to justice and non discrimination, and the effectiveness of any responses obtained by visitors through such means, even if of a low amount.*²⁶

Noutros termos, em seu parecer, o segundo consultor pontuou sobre a necessidade de os Estados-Parte, por meio das autoridades centrais, informem os consumidores-turistas acerca da existência de métodos alternativos. Mais do que isso, também expressou a necessidade de estimular-se o uso de tais mecanismos, sobretudo pela via *online*, especialmente considerando o cenário pandêmico no qual o globo se encontrava quando da divulgação de seus apontamentos, em 2020. Deve-se pontuar, contudo, que em ambos os *drafts* da proposta brasileira os métodos alternativos, como mecanismos a serem considerados, sempre estiveram presentes.

O projeto de Convenção de 2013 trazia, por exemplo, em seu art. 4(5), que cada Estado-Parte deveria ser responsável pela participação de agências de turismo ou de outros membros dessa indústria em mecanismos de resolução de controvérsias alternativos privados, como conciliação, mediação e arbitragem.²⁷ Ademais, a primeira versão do documento trazia dentro do artigo que tratava das funções das autoridades centrais a necessidade de os Estados disponibilizarem informações e assistência aos consumidores-turistas acerca dos meios privados/alternativos de solução de disputas existentes, na tentativa de possibilitar o acesso à justiça aos visitantes internacionais.²⁸

Ao seu turno, no *draft* de 2015, a menção aos meios alternativos já era encontrada não só no preâmbulo²⁹, como também no art. 1, nos objetivos da proposta de Convenção. Nesta regra, aliás, trouxe-se que a conciliação, a mediação ou a arbitragem deveriam estar disponíveis aos consumidores-turistas internacionais tal como se disponibiliza aos residentes habituais do Estado visitado.³⁰ Além disso, no art. 7, trouxe-se o princípio da não-discriminação no que tange o acesso à meios alternativos.³¹

Assim sendo, na medida em que o segundo consultor se voltou mais a essa parte do projeto brasileiro de Convenção, expressando ser este um ponto que deveria ser melhor considerado pelos membros da Organização, os debates da

26 MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **Normative developments for the protection of tourist-consumers under private international law: local, regional and global efforts.** *Macau Journal of Brazilian Studies*, v. 5, pp. 69-96, 2022, p. 87.

27 HCCH. **Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.** 2013. Art. 4.

28 HCCH. **Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.** 2013. Preâmbulo 2.

29 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.* 2015. Preâmbulo 2.

30 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.* 2015. Art. 1.

31 HCCH. *(Second) Draft Convention on Co-operation in respect of the Protection of Tourist and Visitors abroad.* 2015. Art. 7.

terceira reunião de *experts*, havida entre 6 e 9 de outubro de 2020, giraram em torno da digitalização das disputas consumeristas.

Neste encontro, apesar de a delegação brasileira³² ter apontado, por exemplo, que muitos desses mecanismos não estão disponíveis para visitantes internacionais, citando o próprio caso brasileiro da plataforma de negociação direta *consumidor.gov.br*, o entendimento geral foi de que, em termos de tempo e custos despedidos para resolver um problema (tanto para o consumidor, que não precisaria estar presente no país visitado, como também para os próprios Estados no que tange os gastos com o Poder Judiciário³³), os mecanismos alternativos *online* apresentariam grandes vantagens. Por outra banda, outros *experts* foram do entendimento de que os mecanismos alternativos/*online* já existentes nos diversos Estados seriam suficientes para lidar com os problemas que consumidores-turistas pudessem perpassar no exterior³⁴, não sendo necessário edificar um documento internacional vinculante específico sobre o tema.³⁵

O enfoque desde encontro, por conseguinte, restou na apresentação de diversos modelos existentes de solução de disputas alternativas/*online* e os seus *key attributes*, quando algumas potenciais falhas dos sistemas alternativos foram assinaladas, tais como: a acessibilidade, que deveriam levar em considerações dificuldades relativas à idioma, incapacidades, informações sobre acesso e fuso horário; a nacionalidade/local de residência do consumidor turista, que não se poderia discriminá-lo para fins de acesso aos modelos; a informação, notadamente sobre o que compreende o procedimento escolhido, isto é, qual mecanismo alternativo ele se refere, e quais as suas consequências (por exemplo, da impossibilidade de buscar o Poder Judiciário no caso de insucesso de arbitragem compulsória³⁶).³⁷

32 A Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/ MJ nomeou a Profa. Claudia Lima Marques (UFRGS), autora do projeto de Convenção, e a Profa. Tatiana Cardoso Squeff (UFU) como *experts* para esse encontro.

33 Lima, aludindo à economia financeira diante do cenário brasileiro, traz que “as ODR oferecem custo inferior às soluções *offline* de conflitos, por se tratar de um formato mais informal, que possibilita o acesso do usuário em qualquer lugar, sobretudo nas lides envolvendo partes que possuem domicílio em comarcas distintas, que não necessitarão arcar com custos de viagem para audiências e/ou sessões de mediação ou conciliação. Além disso, para a própria estrutura do Poder Judiciário, estas soluções mostram vantagens na medida em que poderiam eliminar um número impensável de processos, antes mesmo do seu nascimento, ou logo no início do conflito, economizando o valor movimentado pela máquina estatal para prover uma resposta às partes”. LIMA, Gabriela Vasconcelos. **Adoção de soluções em *online dispute resolution* como política pública para o Poder Judiciário: um panorama da situação brasileira**. 129p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza. Fortaleza: UFC, 2016, p. 79.

34 Inclusive, vale ressaltar algumas manifestações interessantes sobre alguns modelos considerados bastante restritivos em termos de pessoas que poderia acessar o mecanismo, como a ECC-Net, de que existem debates iniciais sobre a sua expansão à terceiros-Estados (logo, abrangendo seus residentes habituais) com base na reciprocidade, o que justificaria o contínuo rechaço da União Europeia para com o projeto brasileiro. HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 9.

35 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 7.

36 Vale ressaltar que essa medida é considerada atentatória aos direitos humanos, especialmente no que tange o acesso à justiça (estatal).

37 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 10.

Apesar dessas preocupações externadas pela delegação brasileira, esta avultou a possibilidade de um documento ainda ser adotado no âmbito da HCCH, em que pese com característica de *soft law*³⁸. Essa sugestão³⁹, igualmente assinada por Sievi como sendo um caminho para se seguir na Organização diante do ora referido *legal gap*, abarcaria a formação de um ‘*common set of procedural standards*’ para os mecanismos alternativos de disputa que teriam o condão de aumentar a previsibilidade e acesso à justiça de consumidores-turistas nos países visitados⁴⁰ – pontos, aliás, constantes na proposta original do país e que já haviam sido avultados pelo primeiro consultor contratado pela HCCH⁴¹.

Ocorre que, mesmo diante dessa “guinada”, deixando-se de estimular a adoção de um texto vinculante para a propositura de um documento sugestivo, a proposta brasileira ainda não era vista como necessária no âmbito da Organização por alguns *experts* europeus, ou mesmo viável pelo *Permanent Bureau*, haja vista tanto a inexistência de um *know-how* por parte da HCCH para a formatação de um modelo de resolução de disputas *online*, como de verbas para esse fim.

Em vista disso é que os debates encaminharam-se para outra sugestão de Sievi, acerca da edificação de um “*central directory*” sobre meios *online* de solução de disputas disponíveis ao redor do globo.⁴² Foi assim que a proposta de Convenção brasileira foi convertida em um *practical handbook* no âmbito da HCCH contendo informações sobre os mecanismos alternativos/*online* que poderiam ser usados por consumidores-turistas, a fim de auxiliá-los na escolha do meio para obter uma eventual reparação por um dano sofrido durante a sua estada no exterior.⁴³

Embora *usefull*, para utilizar os termos do Aide Memoire do encontro de 2020⁴⁴, tem-se que esse documento não é suficiente para a promoção do acesso à

38 Avulta-se que a *drafter* da proposta brasileira, Prof^a. Claudia Lima Marques (UFRGS), sempre ressaltou ser essa uma possibilidade. Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Proposta Brasileira de Convenção sobre Cooperação em respeito da Proteção dos Turistas e Visitantes Estrangeiros na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: por uma Rede de Cooperação Global para proteger turistas estrangeiro**. In: CIPRIANO, Ana Cândida M. et al. (Coord.) *A proteção Internacional do Consumidor Turista e Visitante*. Brasília: Ministério do Turismo, 2014, p. 80.

39 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 12.

40 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 13.

41 Interessante notar a proposta feita por Guinchard de edificar-se um guia para complementar a proposta brasileira, a fim de torná-la exequível, também apontava para a aprovação de *minimum operating standards*. Para um comentário sobre o tema, cf. WEI, Dan; MARQUES, Claudia Lima. **A Possible Future Convention on Cooperation and Access to Justice for International Tourists at the Hague Conference: Note on the Final Report and First Expert Group Meeting**. In: WEI, Dan; NEHE, James P.; MARQUES, Claudia Lima. *Innovation and the Transformation of Consumer Law*. Heidelberg: Springer, 2020, pp. 153-175.

42 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 14.

43 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 15.

44 HCCH. **Aide Memoire of the Meeting of the Experts’ Group on the Tourists and Visitors (ODR) Project Prepared by the Chair of the Experts’ Group**. The Hague/ Virtual, 2020, para. 16.

justiça e não discriminação do consumidor-turista, tal como se buscava por meio da proposta brasileira. Nesse sentido, questiona-se se, ao invés do guia, não teria sido melhor adotar a citada *soft law* sobre regras mínimas aplicáveis aos meios alternativos/online ou mesmo converter a proposta em “um Protocolo Adicional a alguma Convenção já existente minimamente afeita ao tema – como a Convenção de Acesso à Justiça de 1980”.⁴⁵ É sobre isso que se debaterá na sequência.

3. EM BUSCA DA CONTINUIDADE DA PAUTA DO CONSUMIDOR-TURISTA INTERNACIONAL NA HCCH: ALGUMAS POSSIBILIDADES

Considerando o fim dos debates em torno da proposta brasileira de 2013 e a própria sugestão do segundo consultor contratado pela HCCH acerca de possíveis modificações que o Projeto Turista poderia perpassar em direção às *legaltechs*⁴⁶, nessa seção iremos discorrer sobre as possibilidades de o tema seguir na pauta da Organização, seja por meio da adoção de um Protocolo Adicional à Convenção sobre Acesso à Justiça de 1980, seja pela adoção de uma *soft law* contemplando standards mínimos a serem utilizados quando do uso de meios alternativos/online de solução de disputas por consumidores-turistas internacionais.

3.1. PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980 SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

A Convenção de Haia de 1980 sobre Acesso à Justiça é um documento importantíssimo no plano da HCCH.⁴⁷ Isso porque, ao lado da Convenção de Citação de 1965 e da Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro de 1970, a Convenção de 1980 inaugura a fase processual da Organização, refletindo “*a determined effort on the part of the Conference to build a bridge between countries having civil law procedural systems (that is, the countries that are parties to the Civil Procedure Convention of 1954) and common law countries*”.⁴⁸ Afinal, todas essas convenções apresentam um ponto comum que é justamente a utilização de autoridades centrais para a realização de atos determinados, diminuindo-se as burocracias envolvendo o processo internacional.

45 MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **A proteção do Consumidor-turista perante à Conferência de Haia: entre a cooperação e a governança.** In: BORGES, Alexandre Walmott; GASPAR, Renata Alvares. (Org.). El estado cooperativo constitucional y la gobernanza global: actualidad y desafíos. Barcelona: Librant, 2020, p. 223.

46 HCCH. Annex II to the Report of the Experts' Group on the Cooperation and Access to Justice for International Tourists (Tourism and Visitors Project). The Hague, 2020.

47 Cf. HCCH. **Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice.** The Hague, 25 oct. 1980. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=91>. Acesso em: 20 fev. 2023.

48 DROZ, Georges A. L. **A comment on the role of The Hague Conference on Private International Law.** *Law and Contemporary Problems*, v. 57, n. 3, pp. 3-13, 1994.

No caso específico da Convenção de 1980 sobre Acesso à Justiça, o documento tem como objetivo estipular regras específicas para quatro questões: *assistência judiciária*, permitindo que os residentes em países signatários do documento possam pleitear auxílio nos demais Estados para propor ações civis e comerciais como se fossem nacionais ou residentes habituais destes, inclusive, por meio das autoridades centrais, caso não estejam mais no citado território; *caução*, apontando para a impossibilidade de cobrar-se nenhum tipo de depósito ou outra verba judicial tão-somente em função da nacionalidade ou domicílio não ser a do Estado em que se acessa o Poder Judiciário; *acesso a documentos e decisões*, assinalando que qualquer nacional ou residente habitual de um Estado contratante pode obter junto a outro cópias de registros públicos e decisões em matéria civil ou comercial; *impossibilidade da prisão civil*, determinando que nacionais ou residentes habituais nos Estados Partes não podem ser presos por questões civis ou comerciais, seja para fins executórios ou cautelares.

Ou seja, quanto aos dois primeiros itens, é possível notar questões similares à proposta brasileira de 2013, visto que, em ambas, se busca facilitar o acesso à justiça ao indivíduo que tenha sofrido algum tipo de prejuízo civil ou comercial em território distinto daquele em que reside habitualmente ou mesmo de que é nacional, seja pelo oferecimento de assistência judiciária, seja pela não imposição de caução. Mais especificamente, como afirmamos noutra oportunidade, a Convenção de 1980

*[...] prescribe[s] for the (i) possibility of foreigners to have access to legal aid for court proceedings in civil/commercial administrative or judicial matters (art. 1); (ii) designation of a contact point for the transmission of any relevant documents and requests (art. 3 and 6), and (iii) the prohibition of security, bond or deposit of any kind to be requested by reason only for ones nationality or domicile (art. 14) – which are all in the ‘Tourism Project’.*⁴⁹

Nesse passo, mesmo que o Projeto Turismo seja realmente mais abrangente por prever outras formas de solução de disputas, assim como se preocupar com a garantia de informação ao consumidor-turista internacional *ex ante*, é impossível dizer que os textos não possuem aspectos comuns. E na medida em que dialogam, considerando os entraves expressos por diversos *experts* durante as negociações, particularmente por aqueles europeus, talvez a propositura de um Protocolo Adicional à Convenção de 1980 poderia ser uma saída para muitos dos problemas enfrentados pelos consumidores *post facto*.

Protocolos adicionais não são acordos autônomos, mas documentos adicionais que fornecem ferramentas específicas sobre um determinado ponto vinculado, de alguma maneira, ao documento principal. Por exemplo, a Convenção

49 MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **Normative developments for the protection of tourist-consumers under private international law: local, regional and global efforts.** *Macau Journal of Brazilian Studies*, v. 5, pp. 69-96, 2022, p. 86

sobre os Direitos da Criança de 1989, possui dois protocolos adicionais: um relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armado, e outro referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, ambos de 2000. Isso significa que, juridicamente, poder-se-ia ter um Protocolo relativo ao acesso à justiça internacional de consumidores-turistas.

E para argumentar nesse sentido, importante lembrar que o acesso à justiça possui quatro dimensões: *a dimensão legal*, que estabelece enquanto direito individual o acesso ao Poder Judiciário; *a dimensão institucional*, de que a corte a ser acessada seja independente, imparcial e estabelecida por lei; *a dimensão procedimental*, a qual está atrelada à justiça processual, incluindo citação/intimação adequada, oportunidade de ser ouvido, igualdade processual, contraditório, audiências públicas, prazo processual razoável e possibilidade de execução de julgamento; e *a dimensão prática*, que aponta para a efetividade do acesso à justiça, no sentido de que os indivíduos devem ter conhecimento de que determinado caminho judicial existe, que ele seja acessível em termos financeiros e que exista acesso à assistência judiciária.⁵⁰

E no caso de um eventual Protocolo Adicional à Convenção de 1980 específico para a proteção do consumidor-turista internacional, estar-se-ia fomentando a garantia das dimensões acima apontadas, notadamente pelas características de um processo transnacional, em que, por vezes, os próprios indivíduos não tem a possibilidade de acessar o Poder Judiciário forasteiro, ou mesmo quando esta existe, eles não tem acesso a representação legal⁵¹, são obrigados a restar presentes no país durante toda a extensão do processo e/ou os custos são tão altos para a propositura da ação em termos de custas⁵² que estes elementos tornam-se verdadeiros empecilhos para que a justiça prevaleça. Afinal, nessas circunstâncias apenas restaria o acesso às cortes do país de residência habitual do turista lesado, as quais, ao seu turno, não estão isentas de dificuldades procedimentais, seja na fase de conhecimento, quanto ao reconhecimento de preliminares como o *forum non conveniens*⁵³ ou mesmo problemas em termos de citação e produção de provas, seja na fase de execução, especialmente quando não se tem bens exequíveis no Estado⁵⁴, demandando, assim, nova internacionalização do processo em termos

50 WHYTOCK, Christopher. **Transnational access to justice**. *Berkley Journal of International Law*, v. 38, n. 2, pp. 154-184, 2021, DOI: <https://doi.org/10.15779/Z380P0WR60>, p. 159-160.

51 WHYTOCK, Christopher. **Transnational access to justice**. *Berkley Journal of International Law*, v. 38, n. 2, pp. 154-184, 2021, DOI: <https://doi.org/10.15779/Z380P0WR60>, p. 163.

52 WHYTOCK, Christopher. **Transnational access to justice**. *Berkley Journal of International Law*, v. 38, n. 2, pp. 154-184, 2021, DOI: <https://doi.org/10.15779/Z380P0WR60>, p. 163.

53 WHYTOCK, Christopher. **Transnational access to justice**. *Berkley Journal of International Law*, v. 38, n. 2, pp. 154-184, 2021, DOI: <https://doi.org/10.15779/Z380P0WR60>, p. 166; PAKAMANIS, Mark. Interaction between the doctrines of *forum non conveniens*, judgment enforcement and the concept of the rule of law in transnational litigation in the United States. *International Comparative Jurisprudence*, v. 1, pp. 106-112, 2015, DOI: <https://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2015.12.003>, p. 108-109.

54 WHYTOCK, Christopher. **Transnational access to justice**. *Berkley Journal of International Law*, v. 38, n. 2, pp. 154-184, 2021,

de homologação de sentença em país estrangeiro, que eventualmente pode vir a não surtir efeitos.

Portanto, um Protocolo Adicional poderia fechar alguns dos *gaps* deixados por processos transnacionais de consumo, tal como a proposta brasileira de 2013 pretendia, notadamente em termos de assistência judiciária e custas, os quais reforçariam a possibilidade de consumidores-turistas internacionais terem especificamente tais direitos nos países visitados, haja vista já estarem pontuados mais genericamente no documento principal. Até mesmo porque, deve-se considerar que a Convenção de 1980 está “*presently in force among a number of European countries*”⁵⁵ e que, portanto, já existe uma abertura nesse sentido.

Essa abertura, porém, poderia esbarrar em problemas que foram vislumbrados durante as reuniões de *experts*, como a ideia de que já existe algum tipo de proteção regional, logo, que não haveriam motivos para os Europeus adotarem um novo documento sobre o tema ainda mais abrangente em termos de alcance. Outrossim, deve-se lembrar da argumentação feita pelas *experts* do Brasil, alertando para a mudança das rotas no turismo internacional, notadamente em direção ao Sul Global⁵⁶ e que, nesse caso, os Europeus não estariam protegidos, tal como ocorre quando da ocorrência de micro-danos intrabloco.

Acerca disso, deve-se considerar que o acordo Bruxelas I *bis* que prescreve regras relativas à competência dos tribunais dos Estados Membros em matéria civil e comercial não abarca todas as questões que poderiam ser resolvidas a partir da adoção de um Protocolo Adicional à Convenção de 1980. É bem verdade que o citado acordo aponta para a competência dos tribunais do domicílio do requerido (artigo 4º), do tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação contratual (artigo 7º, n. 1) ou mesmo do domicílio do consumidor, independentemente do domicílio da outra parte (artigo 18º, n. 1). Ademais, que estipula no artigo 56 a impossibilidade de exigir-se qualquer tipo de caução ou depósito “à parte que num Estado-Membro requeira a execução de uma decisão proferida noutro Estado-Membro com fundamento na sua qualidade de estrangeiro ou na falta de domicílio ou de residência no Estado-Membro requerido”, e que no artigo 74 promova-se a divulgação ao público em geral “dos processos e normas de execução nacionais, incluindo as autoridades competentes para a execução,

DOI: <https://doi.org/10.15779/Z380P0WR60>, p. 169.

55 DROZ, Georges A. L. **A commen on the role of The Hague Conference on Private Internacional Law.** *Law and Contemporary Problems*, v. 57, n. 3, pp. 3-13, 1994, p. 7.

56 Cf. MARQUES, Cláudia Lima; SQUEFE, Tatiana Cardoso. **Novos Caminhos do Turismo Internacional: perspectivas para a proteção do consumidor turista no âmbito da Conferência da Haia.** In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019.

e informações sobre eventuais restrições neste domínio, em especial normas de proteção dos devedores e prazos de limitação ou prescrição”.⁵⁷

Mas isso por si só não garante que o direito de acesso à justiça nas quatro dimensões *supra* apontadas seja conferido aos europeus em todas as circunstâncias, particularmente se a parte requerida não tiver domicílio no território europeu, visto que, nesse caso, as regras de competência aplicáveis não seriam aquelas do Regulamento, mas sim as regras nacionais do país em que o consumidor-turista pretende propor a ação, as quais podem variar de país para país. Além disso, não garante acesso à informação sobre as etapas processuais no estrangeiro ou sobre mecanismos de cooperação para o andamento processual, ou mesmo a isenção de depósitos judiciais para o reconhecimento/cumprimento de sentenças, de modo que o Protocolo Adicional poderia proteger europeus para além do bloco.

Ainda, esse documento poderia servir como um instrumento de inclusão dos indivíduos na governança global em sede de direito internacional privado⁵⁸⁻⁵⁹, “*notamment celles des individus et groupes les plus faibles, qui n’ont pas par eux-mêmes les ressources économiques, technologiques et de connaissance nécessaires à faire entendre leurs voix*”⁶⁰, como os consumidores-turistas, os quais não só enfrentam problemas relativos ao tempo de sua estadia no exterior, senão também as próprias limitações relativas ao idioma, ao conhecimento de leis e de mecanismos disponíveis e de questões financeiras, notadamente quando sua moeda é mais desvalorizada do que aquela do país visitado. Portanto, a propositura de tal Protocolo significaria uma virada importante para a própria ideia de participação dos indivíduos, em que as cortes estão no centro desta transformação.⁶¹ Afinal, como alguns

*rapportent à l’organisation des tribunaux, et notamment à la tension entre d’une part les nécessités de la spécialisation pour garantir la compétence technique et juridique nécessaire à un jugement éclairé, et d’autre part les inconvénients liés à la multiplicité des juridictions et donc des critères juridiques établissant la compétence géographique et matérielle de ces juridictions.*⁶²

-
- 57 UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento n. 1215/ 2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:pt:PDF>. Acesso em: 23 jan. 2023.
- 58 ZILLER, Jacques. **Administering Global Governance: The Issue of Access to Justice**. In: FRASER-MOLEKETI, Geraldine. *The World We Could Win*. Amsterdam: IOS Press, 2005, p. 41; WHYTOCK, Christopher. Transnational access to justice. *Berkley Journal of International Law*, v. 38, n. 2, pp. 154-184, 2021. DOI: <https://doi.org/10.15779/Z380P0WR60>, p. 181-182.
- 59 “*Ante ese panorama [de gobernanza global], el rol de Derecho Internacional Privado resulta fundamental. Está llamado a constituir-se en un vector de la gobernanza global para ayudar a colmar los agujeros negros de la misma, y resulta obvio que todavía le queda un trecho considerable para desempeñar satisfactoriamente esa función*”. OCHOA-MUNOZ, Javier L. **Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global: comentarios introductorios a los principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia**. *Revista de Direito Brasileira*, v. 20, n. 8, pp. 336-363, mai. / ago. 2018, p. 348.
- 60 ZILLER, Jacques. **Administering Global Governance: The Issue of Access to Justice**. In: FRASER-MOLEKETI, Geraldine. *The World We Could Win*. Amsterdam: IOS Press, 2005, p. 41.
- 61 CICHOWSKI, Rachel A. Courts, Rights, and Democratic Participation. *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 1, pp. 50–75, 2006. DOI:10.1177/0010414005283217, p. 50.
- 62 ZILLER, Jacques. **Administering Global Governance: The Issue of Access to Justice**. In: FRASER-MOLEKETI, Geraldine. *The World We Could Win*. Amsterdam: IOS Press, 2005, p. 42.

Nessa toada, faz-se importante a criação de regras comuns – como seria com o Protocolo – que permitam o acesso dos consumidores-turistas internacionais às diversas cortes domésticas, pois é dessa maneira que estes podem buscar “*sus respectivos fines e inrteres, la satisfacción de su necesidades y el cumplimiento de sus deseos*”⁶³, colaborando igualmente para o “*development, monitoring, and enforcement of [consumer] laws at both the domestic and international level*”⁶⁴.

3.2. SOFT LAW DE REGRAS MÍNIMAS APLICÁVEIS ÀS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS/ ONLINE DE DISPUTAS

Outra possibilidade para a continuação dos debates em torno da proteção do consumidor-turista internacional no âmbito da HCCH seria a formatação de um ‘*common set of procedurais standards*’ aplicáveis às soluções alternativas/online de disputas (ADR/ODR) eventualmente disponíveis aos mesmos no exterior. Trata-se de uma alternativa que deriva especificamente da proposta feita pelo segundo consultor contratado pela HCCH, Sievi, de que dever-se-ia dar maior atenção às ferramentas tecnológicas hoje disponíveis para uma maior promoção do acesso à justiça e garantia da não discriminação⁶⁵, assim como foi objeto da conclusão n. 4 do CGAP em 2020, a qual estimulava os *experts* a ponderarem sobre a necessidade, o desejo e a viabilidade de um instrumento de *soft law* sobre matérias relativas à ODR⁶⁶.

Como afirmado anteriormente, a proposta brasileira não rejeitava o uso de meios alternativos de solução de disputa, pelo contrário, estipulava regras que permitiam o seu uso. Logo, acreditamos que essa *soft law* agruparia uma série de princípios que deveriam ser observados quando da disponibilização de meios ADR/ODR a consumidores-turistas, os quais já são referidos esparsamente pela doutrina e que serão expostos na sequência.

O primeiro princípio seria o da *informação*. Este princípio teria como escopo garantir a todas as partes envolvidas em um procedimento ODR conhecimento acerca do procedimento e de suas fases, da forma que a comunicação será realizada entre as partes, dos efeitos de um eventual acordo, e dos direitos que as partes retêm ao final do procedimento. Logo, ele está atrelado à *procedural fair-*

63 OCHOA-MUÑOZ, Javier L. **Acceso transnacional a la justicia y gobernanza global: comentarios introductorios a los principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia**. *Revista de Direito Brasileira*, v. 20, n. 8, pp. 336-363, mai. / ago. 2018, p. 348

64 CICHOWSKI, Rachel A. . Courts, Rights, and Democratic Participation. *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 1, pp. 50–75, 2006, DOI:10. 1177/ 0010414005283217, p. 52.

65 HCCH. Annex II to the Report of the Experts’ Group on the Cooperation and Access to Justice for International Tourists (Tourism and Visitors Project). The Hague, 2020.

66 “CGAP encouraged the Experts’ Group to focus its work, at least initially, on the necessity, desirability, and feasibility of a soft law instrument on matters relating to online dispute resolution”. HCCH. **Conclusions & Decisions adopted by CGAP**. The Haugye, 3-6 mar. 2020. Disponível em: [https:// assets. hcch. net/ docs/ 70458042- f771- 4e94- 9c56- df3257a1e5ff. pdf](https://assets.hcch.net/docs/70458042-f771-4e94-9c56-df3257a1e5ff.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023, p. 2.

ness/justice⁶⁷ e ao *informed consent*⁶⁸⁻⁶⁹. Ademais, há quem diga que o princípio da informação estaria atrelado ainda ao grau de transparência⁷⁰ da plataforma.

O segundo e o terceiro princípio são o da *acessibilidade e simplicidade*. Estes estão atrelados à garantia de acesso das partes à plataforma ODR escolhida, não só com o oferecimento de capacitações *online*, como também a garantia de um sistema de fácil uso (isto é, que seja intuitivo), com linguagem simples e disponível no idioma da parte⁷¹, compatível com ferramentas *legaltech* que facilitam o seu uso por pessoas com deficiência (como tradução e transcrição⁷²) e que conte com um sistema de apoio disponível a todo tempo no *site*. Ou seja, nota-se que esses princípios estariam atrelados à educação para ADR/ODR.

O quarto princípio seria o da *vulnerabilidade*. Este almeja o reconhecimento, pelos fornecedores, que o consumidor-turista internacional é a parte vulnerável da relação de consumo. Esse reconhecimento abrangeria a vulnerabilidade fática, mas também jurídica/científica e técnica, em especial em relação aos procedimentos *online*.

O quinto princípio seria o da *flexibilidade*.

Este avulta a possível vulnerabilidade técnica que o consumidor-turista eventualmente apresente, seja em relação ao seu (des)conhecimento para com a plataforma, seja em relação ao seu acesso à internet. Está princípio atrelado ao *North-South digital divide*⁷³, também chamado de *technological gap*, e ao reconhecimento de que, se a negociação não for transparente⁷⁴, ela perde a sua legitimidade. Logo, a partir deste, poder-se-ia pensar em uma recomendação sobre a possível retratação de um ato realizado em prazo certo/razoável (como 24h ou 48h) pelo consumidor na plataforma escolhida.

67 HORNLE, Julia. **Cross-border internet dispute Resolution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 6-12

68 HALEY, Jacqueline N. **Does ADR's "Access to Justice" Come at the Expense of Meaningful Consent?** *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 33 n. 1, pp. 373-397, 2018

69 O consentimento informado também é encontrado no item 17 das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023

70 SCHMITZ, Amy J. **'Drive-Thru' Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Regulated ODR**. *Baylor Law Review*, v. 62, n. 1, pp. 178-224, 2010, p. 229.

71 Este também é encontrado nos itens 33(e) e 51 das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023

72 SCHMITZ, Amy J. **'Drive-Thru' Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Regulated ODR**. *Baylor Law Review*, v. 62, n. 1, pp. 178-224, 2010, p. 229.

73 SCHIAVETTA, Susan. *Online Dispute Resolution, E-Government and Overcoming the Digital Divide*. 20th BILETA Conference: Over-Commoditised; Over-Centralised; Over-Observed: the New Digital Legal World? Belfast, abr. 2005. No mesmo sentido: CASHMAN, Peter; GINNIVAN, Eliza. **Digital justice: online resolution of minor civil disputes and the use of digital technology in complex litigation and class actions**. *Macquarie Law Journal*, v. 19, pp. 39-79, 2019, p. 54.

74 EBER, Noan; ZELEZNIKOW, John. **Fairness, Trust and Security in Online Dispute Resolution**. *Hamline University's School of Law's Journal of Public Law and Policy*, v. 36, n. 2, pp. 143-160, 2015, p. 153

Já o sexto e o sétimo princípio são o da *razoabilidade e conveniência*. Estes princípios estão vinculados à necessidade de os prazos na plataforma escolhida/indicada serem razoáveis/convenientes para que a resposta por parte do consumidor-turista e do fornecedor sejam devidamente ponderadas.

O oitavo princípio seria o da *não-insignificância*. Este refere-se ao valor da causa. As demandas não deveriam ter um valor mínimo para serem submetidas à ADR/ODR, notadamente em função da (des)valorização monetária em algumas nações. Anota-se que o montante não faria diferença, sobretudo, porque a autocomposição (fase negocial) almeja-se o reestabelecimento da confiança entre as partes – essencial para o mercado de turismo⁷⁵. Apesar disso, sustentamos que dever-se-ia pensar em um teto, o qual poderia ser das Cortes de Pequenas Causas⁷⁶.

O novo princípio seria o da *gratuidade*. Este aponta para a gratuidade do uso da plataforma por parte dos consumidores-turistas e das empresas, ou seja, ele busca que as plataformas sejam *open-access*, de maneira que elas não possam ser vistas como produtos comercializáveis, muito em razão de um potencial conflito de interesses. No caso de haver custos, estes devem ser impostos as duas partes *cost-effectively*, isto é, proporcionais aos valores da disputa⁷⁷.

O décimo, décimo-primeiro e décimo-segundo princípios são o da *imparcialidade, independência e neutralidade*. Estes princípios referem-se não só às plataformas ODR, mas também aos *neutrals* – pessoas que tem o condão de dirimir a controvérsia entre as partes – quando se tratando de heterocomposição. Noutros termos, segundo estes princípios, as plataformas e os *neutrals* deveriam ter suas condutas constantemente verificadas.⁷⁸

Ao seu turno, o décimo-terceiro princípio seria o da *competência*. Este princípio diz respeito à aptidão do *neutral* para conduzir os debates em uma

75 Para além da confiança entre as partes, retomando o consumo entre si, há que se falar, ainda, da confiança no país visitado. Nesse sentido, cf. MARQUES, Claudia Lima; SQUEFF, Tatiana Cardoso. **Novos caminhos do turismo internacional: perspectivas para a proteção do consumidor turista no âmbito da Conferência da Haia**. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Editora Singular, 2019, p. 110.

76 O europeu é de €2. 000. Cf. EUROPEAN COMMISSION. *A Guide for Users to the European Small Claims Procedure*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, p. 5. No estado estadunidense de Massachusetts, o valor é de US\$7. 000. STATE OF MASSACHUSETTS. *Small Claims*. Boston, s/ d. Disponível em: <https://www.mass.gov/small-claims>. Acesso em: 27 set. 2020. Para os valores nos demais estados (de US\$2. 500 a US\$20. 000). Cf. NOLO. *50-State Chart of Small Claims Court Dollar Limits*. s/ l, s/ d. Disponível em: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/small-claims-suits-how-much-30031.html>. Acesso em: 27 set. 2020.

77 Este também é encontrado no item 9 das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023

78 Esta questão é encontrada nos itens n. 13, 48(b) e 49(d) das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023.

heterocomposição (fase que segue a etapa negocial) no âmbito de um ODR⁷⁹, sendo imperioso, por exemplo, que treinamentos lhes sejam oferecidos⁸⁰.

O décimo-quarto princípio seria o do *devido processo legal*. Este princípio refere-se à necessidade de seguir-se todas as etapas do procedimento ODR/ADR escolhido, assegurando-se de um lado o direito de ação e de outro de defesa, muito embora na fase negocial, de autocomposição, não se utilize a terminologia ‘autor e réu’.

O décimo-quinto e o décimo sexto princípio são o da *confidencialidade e privacidade*. Estes vinculam-se a necessidade de garantir-se a segurança dos dados trocados entre as partes particularmente porque eles podem versar sobre questões íntimas e pessoais⁸¹. Desta feita, nota-se que eles estão atrelados à segurança das redes, de modo que a previsão do uso de *legaltechs* para criptografar os dados seria bastante importante⁸². Vale dizer que para a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), essa seria de responsabilidade das plataformas⁸³, restando, assim, intimamente ligada à confiança passada à mesma pelas partes para administrar a disputa existente entre elas.

O décimo sétimo princípio seria o da *proteção de dados*. Muito atrelado ao anterior, este princípio diz respeito a proteção dos dados dos consumidores-turistas e da impossibilidade de comercialização dos mesmos. A exceção estaria atrelada ao uso de dados genericamente para auferir a eficácia da plataforma, o que, aliás, se vincula ao próximo princípio.

O décimo oitavo princípio seria o da *transparência*. Este vincula-se a necessidade de atestar a eficiência da plataforma⁸⁴, de modo que os dados gerais sobre o seu uso deveriam ser disponibilizados ao público, respeitada a privacidade das partes envolvidas. Além disso, a transparência dos dados permitiria avaliar as falhas da plataforma, em especial, quanto a acessibilidade e a não-discriminação no serviço prestado, e fazer/sugerir melhorias.⁸⁵ Ademais, com os dados disponíveis,

79 RAMOS, Fabiana D’Andrea. **Métodos Autocompositivos e Respeito à Vulnerabilidade do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 109, a. 26, pp. 333- 348, jan. 1 fev. 2017, p. 344-345

80 O treinamento encontra-se previsto no item 15 das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023

81 Este também é encontrado no item 11 das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023

82 PECNARD, Camille. **The issue of security in ODR**. *ADR Bulletin*, v. 7, n. 1, pp. 1-5, 2004.

83 Veja-se o item 26 das notas técnicas da UNCITRAL sobre ODR. Cf. UNCITRAL. **Technical Notes on Online Dispute Resolution**. New York, 2017. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023

84 SCHMIDT-KESSEN, Maria José; NOGUEIRA, Rafaela; GAMITO, M. Cantero. **Success or Failure? Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and in the EU**. *Journal of Consumer Policy*, v. 43, pp. 659-686, 2020.

85 CASHMAN, Peter; GINNIVAN, Eliza. **Digital justice: online resolution of minor civil disputes and the use of digital technology in complex litigation and class actions**. *Macquarie Law Journal*, v. 19, pp. 39-79, 2019, p. 61-62.

seria possível ao governo verificar a manutenção da plataforma ou não, especialmente quando não forem mantidas por ele.⁸⁶

O décimo-nono princípio seria o da *autenticidade*. Este visa garantir a autenticidade dos atos gerados por intermédio da plataforma, sendo necessária a existência de mecanismos que permitam atestar a identidade das partes envolvidas, inclusive, para fins de uma eventual execução do acordo composto. Exemplo de ferramentas de *legaltech* que poderiam ser estimuladas seriam aquelas que garantam a autenticidade das assinaturas das partes ganham espaço.

O vigésimo princípio seria o da *execução de boa-fé*. Este princípio diz respeito a necessidade de os acordos obtidos por meio de ODR sejam executados de boa-fé pelas partes envolvidas na disputa. Uma forma de estimular o cumprimento seria estimular o uso de *trustmarks* (isto é, a técnica da “estrelagem”), ligadas à reputação da empresa⁸⁷

O vigésimo-primeiro e o vigésimo-segundo princípio são o da *não-obrigatoriedade e autonomia das partes*. Estes alinham-se ao direito humano de buscar o Poder Judiciário, não podendo o ODR ser um mecanismo impositivo às partes, sob pena de ser considerado uma cláusula abusiva. Portanto, estes princípios pautam-se pela conveniência das partes em buscar a forma alternativa, sendo permitido que elas desistam do procedimento a qualquer tempo, logo, exteriorizando a autonomia e o protagonismo das partes em um ODR/ADR.⁸⁸ Poder-se-ia exigir que essa desistência ocorresse de maneira motivada (*reasonable*)⁸⁹, em que pese essa possibilidade apenas prosperaria quando o uso de meios alternativos fosse uma etapa obrigatória de um procedimento civil previsto pela normativa estatal e a parte estivesse acompanhada de advogado (*legal representation*)⁹⁰.

O vigésimo-terceiro e o vigésimo-quarto princípio são o da *temporalidade e celeridade*. Estes correspondem a necessidade de os procedimentos ODR terem um limite máximo de tempo para serem perfectibilizados, a fim de que eles não percam um dos objetivos centrais para a sua existência (*time-effective*). Salienta-se, por oportuno, que a UNICITRAL impõe a necessidade de serem estipulados prazos para cada fase de um procedimento alternativo, em que pese não imponha um específico. No caso, atrelado aos princípios em comento, essa ação poderia

86 ZIEMBLICKI, Bartosz. **Going Online-is the World Ready to Replace Litigation with Online Dispute Resolution Mechanisms?** *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, v. 5, n. 2, pp. 40-51, 2015, p. 44

87 ZIEMBLICKI, Bartosz. **Going Online-is the World Ready to Replace Litigation with Online Dispute Resolution Mechanisms?** *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, v. 5, n. 2, pp. 40-51, 2015, p. 48.

88 RAMOS, Fabiana D'Andrea. **Métodos Autocompositivos e Respeito à Vulnerabilidade do consumidor.** *Revista de Direito do Consumidor*, v. 109, a. 26, pp. 333-348, jan. / fev. 2017, p. 342

89 É o caso de Singapura, como relatado por ANDERSON, Dorcas Q. The convergence of ADR and ODR within the courts: The impact on access to justice. *Civil Justice Quarterly*, v. 38, n. 1, pp. 126-143, 2019, p. 127-128.

90 CASHMAN, Peter; GINNIVAN, Eliza. **Digital justice: online resolution of minor civil disputes and the use of digital technology in complex litigation and class actions.** *Macquarie Law Journal*, v. 19, pp. 39-79, 2019, p. 59.

ser imposta plataforma. Apesar disso, neste caso, dever-se-ia atentar para o *digital divide* acima apontado, para não prejudicar, em especial, a parte vulnerável (consumidor-turista).

Por fim, o vigésimo-quinto e o vigésimo-sexto princípio são o da *responsabilidade e reparação*. Estes princípios referem-se à conscientização de que quem causar dano a outrem está passível de ser responsabilizado e de ter de reparar o dano, especialmente nas fases que seguem as etapas negociais. Até mesmo porque, na autocomposição, as partes não buscam a reparação, mas a reconexão/reaproximação com a outra (o ‘resgate da humanidade’⁹¹), de maneira que estes princípios seriam aplicáveis especialmente à mediação e conciliação feitas por meio de ODR.

Ao fim e ao cabo, entende-se que esses 26 princípios que comporiam a proposta de *soft law* seriam fundamentais para uma correta utilização das ADR/ODR, sem os quais não seria possível garantir-se justiça à parte lesada durante uma viagem internacional que opte por esse caminho em detrimento do Poder Judiciário. Assim, considerando que a HCCH já está editando um guia contendo as principais plataformas a serem utilizadas por consumidores-turistas em diversos Estados, porque não adotar um documento brando que estimule os Estados a buscarem parâmetros protetivos mínimos? É o que se sugere, especialmente diante da digitalização da vida em sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto tinha como objetivo resgatar a importância da proposta brasileira de Convenção para a Cooperação em Matéria de Proteção de Turistas e Visitantes no Exterior, ressaltando todo o trabalho em torno da promoção do acesso à justiça e da não discriminação em virtude da nacionalidade ou residência habitual que ela conferia aos consumidores-turistas internacionais quando envolvidos em uma situação de micro-danos no estrangeiro.

Logo, em um primeiro momento, resgatou-se os debates havidos no âmbito da HCCH, com especial atenção às conclusões de que esta Convenção seria não apenas necessário, mas também viável em virtude da inexistência de um documento semelhante a nível internacional. Apesar disso, igualmente apontou-se as limitações existentes no âmbito desta organização para recomendá-la à adoção pelos Estados-Membros, sobretudo, diante da reticência europeia, a qual, porém, emerge justamente porque nesse bloco existem regras comunitárias que prescrevem para um maior acesso à justiça, seja *ex ante* (ECC-Net), seja *post facto*

91 RAMOS, Fabiana D’Andrea. **Métodos Autocompositivos e Respeito à Vulnerabilidade do consumidor.** *Revista de Direito do Consumidor*, v. 109, a. 26, pp. 333-348, jan. / fev. 2017, p. 343.

(Regulamento n. 1215/2012, sobre competência em matéria civil e comercial, Regulamento n. 861/2007, sobre procedimento de pequenas causas europeus, e Regulamento n. n. 524/2013 sobre resoluções de disputa *online*).

Outrossim, mesmo que na HCCH o tema tenha sido resumido para a aprovação de um guia em que são listados meios alternativos e/ou online de disputa existentes em alguns Estados que eventualmente poderiam ser utilizados pelos consumidores-turistas internacionais, entende-se que haveriam espaços para que o tema seguisse na pauta da HCCH. Com isso expôs-se duas possibilidades: a de adotar-se um Protocolo Adicional à Convenção de 1980 sobre Acesso à Justiça, a qual guarda grande relação com algumas pautas que eram abordadas pelo projeto brasileiro, em especial, no que diz respeito a não-discriminação no que tange à caução ou depósitos judiciais, assim como no acesso à assistência judicial, além de um ponto de contato facilitador para fins de cooperação internacional durante o processo judicial; e a de adotar-se uma *soft law* contendo 26 princípios que deveriam ser observados pelos Estados quando da indicação de meios alternativos/online para a solução de disputas.

Sabe-se que essas propostas seriam bastante difíceis de serem avançadas no plano da HCCH hoje em dia, especialmente após os debates havidos nas duas últimas reuniões de *experts*, em que as posições dos Europeus era bastante dirigida a encerrar os debates, em que pese toda a argumentação levantada no sentido de que, com as mudanças dos fluxos turísticos, os Europeus também poderiam se beneficiar de tais normativas. Ou seja, não há no momento uma intenção política consensual no âmbito dessa organização para que essas propostas pudessem ser aventadas, tal como seria necessário; porém, isso não retira o mérito que elas trazem consigo no sentido de que buscarem alargar a proteção do consumidor-turista, colocando-o em destaque no ordenamento internacional e ressaltando o seu papel na governança internacional.

Inclusive, estas podem servir de inspiração para outros órgãos internacionais ponderarem sobre o tema, como por exemplo, no que tange os princípios, quem sabe a própria UNCITRAL, que já traz algumas previsões nas suas Notas Técnicas sobre resolução de disputas online ou mesmo a própria Organização Mundial para o Turismo (UNWTO, na sigla em inglês), que em 2022 adotou o Código Internacional para a Proteção de Turistas, que traz, no capítulo 4, regras mínimas para a solução de disputas alternativas em temas relativos a turismo, aos quais os 26 princípios apontados poderiam ser de grande valia.

SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ALGUNS PARÂMETROS PARA O INCENTIVO AO USO DE TECNOLOGIAS

LETÍCIA VIRGINIA LEIDENS¹

1. INTRODUÇÃO

Tempos de excepcionalidade estimulam alterações de realidades quotidianas até então caracterizadas pela naturalização das práticas sociais. O Coronavírus (o Sars-Cov-2), que causa a doença denominada Covid-19, interrompeu abruptamente a vida em sociedade, nas distintas dimensões, locais e globais, e impôs uma aceleração dos processos, visando responder com urgência os problemas decorrentes do atingimento da saúde pública e o restabelecimento da convivência social sem contágio. Com efeito, em âmbito institucional, destacamos que a prestação jurisdicional, o que inclui demandas que envolviam a cooperação jurídica internacional, foram desafiadas a estabelecer novos procedimentos e protocolos para o atendimento da continuidade dos serviços, observando, sobretudo, o acesso à justiça e o devido processo legal.

Em âmbito da relação global e local, percebeu-se que o fechamento das fronteiras, a diversidade de protocolos e medidas para prevenção e combate à transmissibilidade do vírus entre distintos espaços, a suspensão parcial de algumas atividades por autoridades administrativas e judiciais contribuíram para tecer o grau da complexidade que nos envolvia. Diante do cenário, esperava-se que o papel dos atores internacionais, em especial os Estados e as Organizações Internacionais trabalhassem numa perspectiva conjunta, dialógica e colaborativa, a fim de orientar e desenvolver caminhos rápidos e compartilhados da problemática. No entanto, com recorrência, verificou-se o contrário. A dissociação entre os protocolos e orientações nacionais e internacionais conduziram o cenário, retardando, em alguns casos, como o Brasil, o restabelecimento das relações em sociedade.

1 Professora Adjunta de Direito Internacional Privado e Direitos Humanos da Universidade Federal Fluminense – UFF (Brasil). Doutora em Direito Internacional pela Universidade Gama Filho – UGF, com período de pesquisa na Università degli Studi di Salerno e Pisa (Itália). E-mail: lleidens@id.uff.br

A par desta perceptível desagregação, vislumbrou-se que o movimento das organizações internacionais foi bastante relevante ao enunciar diretivas, normativas e procedimentos que evidenciaram as distintas camadas que envolviam as questões em jogo e reflexas da pandemia Covid-19, assim como, a distinta preocupação em evidenciar o protagonismo da proteção das pessoas, vulneráveis neste cenário².

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) emitiu para os Estados Contratantes e a comunidade internacional em geral, diferentes documentos e orientações acerca dos temas que afetavam o dia a dia do direito internacional privado, em tempos da crise sanitária com a pandemia Covid-19, visando proteger as relações transnacionais e garantir a aplicabilidade das Convenções e práticas internacionais. Nesse sentido, tomamos tais documentos como ponto de partida para o debate que queremos provocar, delimitando o recorte que envolve questões afetas à subtração internacional de crianças. Propomos pensarmos a centralidade do conteúdo das diretivas declaradas naquele contexto de restrições mais rígidas e o mesmo tempo, projetarmos o que pode e deve ser incorporado como prática interpretativa e aplicativa no presente e no futuro, considerando a complexidade que permeiam os temas transnacionais, bem como ressaltar a partir daquele contexto, as novas camadas da temática, apresentadas casuisticamente e refletidas no plano teórico, que foram fomentadas pela crise sanitária.

Por consequência, chamaremos atenção em dois pontos para o desenvolvimento da proposta reflexiva: a) os parâmetros nucleares interpretativos e aplicativos decorrentes da diretiva da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado emitida durante a pandemia Covid-19, para a Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980; b) dentre os conteúdos que compõe o documento, dar uma atenção especial para o incentivo ao uso de tecnologias da informação, eletrônica e comunicações, na verificação se atenderia, sobretudo, a celeridade dos procedimentos, a segurança e a proteção internacional da criança. Em conjunto, evidenciamos que tais perspectivas analíticas constituem regras de *soft law*, o que ressalta sua importância para a resolução de conflitos urgentes e atualização no direito internacional.

A metodologia empregada cinge-se no método dedutivo de abordagem e segundo os modelos descritivo e explicativo de análise, prioritariamente, dos objetivos sinalizados pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) para resolução de casos de subtração internacional de crianças em tem-

2 LEIDENS, Letícia Virginia. COVID-19 AND HUMAN RIGHTS: A FEW FRAMEWORKS BETWEEN HISTORICITY AND THE RESOLUTION No. 01/ 2020 OF THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Revista Jurídica*, [S. l.], v. 3, n. 65, p. 134 - 153, out. 2021.

pos de pandemia Covid-19. Busca-se destacar como a HCCH vem se posicionando, sendo objeto de consulta não apenas a doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, como também os principais documentos estruturados pela HCCH. A análise se justifica a partir da necessidade de se averiguar analiticamente os documentos emitidos pela HCCH para fins contextuais, como a crise sanitária que experimentamos e evidenciar quais aspectos são tocados e qualificados como prioritários, para fins de melhor alcance da aplicação efetiva da Convenção da Haia de 1980.

2. A CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PANDEMIA COVID-19

Os trâmites administrativos, investigativos e judiciais que envolveram casos de subtração internacional de crianças foram sensivelmente afetados pela pandemia Covid-19, principalmente no seu período inicial, o ano de 2020. Tendo em vista que as respostas institucionais globais e locais ainda não estavam bem articuladas e convivíamos com a incerteza e o horror permanente, as diferentes restrições entre países e regiões, como o isolamento social *lockdown* ampliaram as dificuldades para o estabelecimento de acordos e deslocamentos das pessoas. Isso gerou, sobretudo, a preocupação entorno da efetividade do acesso à justiça, especialmente, garantir aos jurisdicionados envolvidos em litígios transnacionais, os instrumentos necessários para que tivessem os seus direitos tutelados em juízo, o que inclui o atendimento da celeridade dos trâmites e procedimentos em curso, bem como a obrigação estatal com a proteção internacional da criança³. Como respostas às preocupações salientadas, delimitamos como recorte, o movimento das organizações internacionais, que agiram dentro dos seus limites normativos e políticos, na tentativa de colaborar com as soluções estatais. Desta forma, esse posicionamento foi fundamental para auxiliar a conduzir as urgências apresentadas no contexto pandêmico, bem como limitar ingerências estatais em período de excepcionalidade, o que comprometeria a garantia de direitos e a cooperação jurídica internacional. Tal atuação buscou atenuar as violações de direitos e assegurar o não comprometimento com a celeridade e segurança nas demandas transnacionais.

Como já sabido, a temática da subtração internacional de crianças vem associada e qualificada, em sua grande maioria, por casos que envolvem as famílias transnacionais ou binacionais, e uma vez inseridas processualmente ou administrativamente no contexto pandêmico as preocupações foram mais acentuadas.

3 SANTIN, Janaína Rigo; LEIDENS, Letícia Virginia; ZAMBRANO, Virginia. A relação global/ local na pandemia da Covid-19: o papel do multilateralismo nas violações aos Direitos Humanos. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 42, n. 88, p. 1-24, 2021.

Pensa-se que os obstáculos travados ao fluxo internacional repercutiram na necessidade de uma proteção mais enfática às pessoas envolvidas nesses processos, principalmente quanto à tutela dos direitos humanos. Em casos de subtração internacional de crianças, em que há um comprometimento com a acessibilidade da dinâmica das relações parentais, sobretudo, com a centralidade de uma criança nesse contexto, destacamos que momentos de excepcionalidade, como a pandemia Covid-19, as dimensões das violações dos direitos humanos poderiam ser ampliadas. Isso inclui pensarmos a profundidade da insegurança entre fronteiras para os envolvidos na relação familiar em questão, especialmente a criança e o retardo quanto ao andamento dos procedimentos em curso, que buscam o resguardo do direito e exercício da guarda e visitação. Tais preocupações se somam, na medida em que o reconhecimento das demandas orbita pela centralidade do superior interesse da criança. Nesse sentido, torna-se imprescindível pensarmos o contexto, como um momento de extrema vulnerabilidade, senão da existente “sobreposição de vulnerabilidades”⁴ para as famílias transnacionais, ante vivências, na maioria das vezes, entre territórios transfronteiriços, o que intensifica e redimensiona o debate.

Por outro lado, ao dar destaque ao papel do multilateralismo no contexto pandêmico, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH), publicou em 3 de julho de 2020 um *Boîte à Outils*, (Guia/Procedimento)⁵ para garantir a aplicação da Convenção sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980⁶ no período da pandemia Covid-19, buscando a atenuação dos seus impactos. Dentre os pontos essenciais, destacou que a Convenção da Haia de 1980 continua aplicável de maneira efetiva no período pandêmico, principalmente, considerando a comunicação, cooperação e compartilhamento dos recursos utilizados entre as Autoridades Centrais. Nesse sentido, o destaque dado às atribuições das Autoridades Centrais pareceu como um ponto determinante para a importância da cooperação jurídica internacional, como instrumento de garantia para a contínua aplicabilidade convencional, ainda que em períodos excepcionais e de insegurança jurídica. Outrossim, a HCCH destacou a centralidade da criança, para se pensar a aplicabilidade efetiva da Convenção da Haia de 1980 contra os efeitos nefastos de uma subtração internacional, o que será atendido a partir da observância de um deslinde célere dos casos. Como o retorno rápido ao Estado de residência habitual da criança, se assim o for, em face das exceções ao retorno da criança, tendo como pano de fundo assegurar o acesso

4 GRAYSON, Catherine-Lune. When rain turns to dust: climate change, conflict and humanitarian action. **Humanitarian Law and Policy**, 5 dez. 2019. Disponível em: Acesso em: 21 out. 2021.

5 Tradução nossa.

6 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BOÎTE À OUTILS POUR LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 EN PÉRIODE DE COVID-19, jul. 2021. Disponível em: [https:// assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf](https://assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

à parentalidade integral e o exercício do direito de guarda e visita violados. Aqui há uma evidente preocupação da HCCH com o acesso à justiça num quadro de restrições, bem como em torno da celeridade dos procedimentos e a resolução de demandas para proteção internacional da criança, o que se coaduna com os preceitos do instrumento convencional, mas que adquire uma conotação aplicativa mais urgente e não menos importante em tempos de pandemia.

Nesse sentido, da leitura e interpretação do referido Guia, percebemos que a ideia ou elemento “tempo” merece atenção: apareceu como fator determinante para consubstanciar os direitos materiais previstos no plano convencional, razão pela qual é fortemente marcado⁷, inclusive em períodos excepcionais. Logo, a sinalização da HCCH se encaminhou para que os processos de interpretação e aplicabilidade da Convenção da Haia de 1980 coexistissem com os reflexos da pandemia Covid-19, como as dúvidas e questionamentos estatais sobre o retorno à “normalidade”, seja das relações institucionais, seja das relações sociais. De todo modo, a HCCH deixou claro que as restrições físicas e transfronteiriças não aparecem como barreiras para aplicabilidade convencional, tampouco como circunstâncias que permitissem a excepcionalidade da aplicabilidade convencional.

Outros aspectos salientados pelo referido Guia cingem-se nas orientações de que os Estados Contratantes devem assegurar o contato regular e adequado entre os genitores e a criança, especialmente, quando as medidas implementadas pela Covid-19 possam conduzir um período prolongado da separação física entre os familiares e a criança⁸. Busca-se proteger a centralidade da criança e sua relação com ambos os genitores, afastando que as restrições sejam um empecilho para o contato, haja vista os efeitos negativos da ausência familiar para a proteção integral e desenvolvimento da criança. Soma-se ao documento, considerar também a aplicação dos preceitos normativos da Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Proteção das Crianças de 1996, em especial as disposições de medidas de proteção provisórias de emergência em relação às crianças, na pendência de um pedido de retorno⁹. Aqui, salienta-se, que no caso o Brasil, embora não seja parte Contratante da referida Convenção, poderia utilizá-la como fonte doutrinária no auxílio dos processos de interpreta-

7 O processo interpretativo não se desenvolve, portanto, de forma linear, mas circularmente. A pré-concepção do intérprete conduz o processo de compreensão, mas é também nele constantemente corrigida – nisso se verifica o seu caráter circular, por isso também designado “círculo hermenêutico”. LARENZ, Karl; CANARIS, Claus-Wilhelmen. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 141.

8 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BOÎTE À OUTILS POUR LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 EN PÉRIODE DE COVID-19, jul. 2021. Disponível em: [https:// assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf](https://assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

9 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BOÎTE À OUTILS POUR LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 EN PÉRIODE DE COVID-19, jul. 2021. Disponível em: [https:// assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf](https://assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

ção e aplicabilidade da Convenção da Haia de 1980, averiguando a pertinência da interpretação macrossistemática ou inter-convencional analisada caso a caso.

O documento ainda elucida que os Estados Contratantes deveriam recorrer sempre que possível, às tecnologias de informação, eletrônica e das comunicações, o que inclui o depósito eletrônico de documentos, audiências virtuais e/ou híbridas e obtenção de provas por meios eletrônicos¹⁰. Tal perspectiva, que será explorada em subitem próprio, visa utilizar ferramentas que permitem trazer uma resposta mais rápida para as questões casuísticas de subtração internacional de crianças.

Por consequência a promoção da mediação também foi explorada, como o uso da mediação online e à distância. Além disso, o documento ressalta que o Estado Contratante poderia implementar disposições e procedimentos práticos em âmbito local para que a criança possua um retorno seguro no cenário excepcional, o que inclui a inscrição da criança em voos prioritários, subscrição de seguro de saúde e viagem em caso de contaminação por Covid-19 e quando necessário, instalações de quarentena no local de destino¹¹. A par dos elementos procedimentais salientados, em outro ângulo, o documento ressaltou a importância de auxiliar na gestão emocional de todos envolvidos, quanto à segurança da viagem, especialmente, quando o genitor está impossibilitado de acompanhar a criança.

Nesse sentido, evidenciamos que o conteúdo do *Boîte à Outils*, (Guia/ Procedimento) com as orientações e preocupações ressaltadas pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, ainda que tenha um cunho contextual, específico para a pandemia Covid-19, nos revela aspectos mais amplos da Convenção da Haia de 1980. Ou seja, é possível a partir deste documento traçar e correlacionar com elementos interpretativos e aplicativos pós-convencionais, que se estruturam como parâmetros convencionais utilizáveis a qualquer tempo para comunicação e cooperação internacional da Convenção da Haia de 1980¹². Nesse sentido, ainda que se trate de orientações voltadas para um cenário específico, que envolve a crise sanitária gerada pela pandemia Covid-19, tais abordagens são mais extensas, para além do contexto, podendo ser incorporados como elementos integrativos nos processos de aplicação convencional. De todo modo, restou claro a partir do documento analisado que a excepcionalidade do período da pandemia Covid-19 não permitiu a excepcionalidade aplicativa da Convenção da

10 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ. BOÎTE À OUTILS POUR LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 EN PÉRIODE DE COVID-19, jul. 2021. Disponível em: [https:// assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf](https://assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

11 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ. BOÎTE À OUTILS POUR LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 EN PÉRIODE DE COVID-19, jul. 2021. Disponível em: [https:// assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf](https://assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

12 OLIVEIRA, Renata Fialho. **Interpretação e aplicação de convenções internacionais em matéria substantiva, processual e conflitual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

Haia de 1980, de modo que afastasse seus preceitos ainda que temporariamente. A centralidade da criança aparece em qualquer circunstância e essa é a orientação a ser seguida pelos Estados Contratantes da Convenção.

2.1. NOTAS REFLEXIVAS SOBRE *BOÎTE À OUTILS*, (GUIA/PROCEDIMENTO) PUBLICADO PELA HCCH DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA COVID-19

Conforme a narrativa apontada, percebeu-se que o documento publicado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado toca em pontos que já vinham sendo explorados, discutidos e aperfeiçoados ao longo dos anos como pauta dos trabalhos do Secretariado Permanente, e publicados Guias de Boas práticas¹³ ¹⁴ e/ou documentos pós-convencionais¹⁵ promovidos pela organização internacional. Tais trabalhos buscaram aprimorar práticas mais uniformes para a proteção internacional da criança em situação de risco. Assim, os pontos destacados pelo *Boîte à Outils*, (Guia/Procedimento) consubstancia temas relevantes da Convenção da Haia de 1980 e uma possível abertura de perspectivas interpretativas e aplicativas. Assim, passaremos a pontuar algumas temáticas abordadas com a intenção de coadunar linhas de reflexão.

Importante considerar o destaque ao trabalho das Autoridades Centrais para a efetividade da cooperação jurídica internacional e a importância de suas ações para garantir um procedimento célere para o retorno da criança em seu Estado de residência habitual, quando for o caso. Conjuntamente, o incentivo da mediação como forma de resolução de conflito, a exemplo daquele ocorrido após a realização do procedimento administrativo de localização da criança, o que auxiliaria o seu retorno. Nessa linha, a tentativa de uma conciliação amigável, para que as questões que envolvam a subtração se resolvam antes de um contencioso administrativo ou judicial traria menos impactos para a criança. Tal meio trabalha na perspectiva da otimização do superior interesse da criança, no sentido de reduzir os danos já existentes e aqueles futuros, além de repercutir positivamente em outros âmbitos, como da redução do custo econômico e dos prejuízos emocionais para todos os envolvidos na relação parental. Evidencia também, como vias possíveis para o problema do acesso à justiça durante o período de bloqueio, atendendo a celeridade.

13 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ. GUIDE DE BONNES PRATIQUES - CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS: PREMIÈRE PARTIE - PRATIQUE DES AUTORITÉS CENTRALES, jul. 2003. Disponível em: [https:// assets. hcch. net/ docs/ 584857b8- 6574- 46a8- b254- 426f3130c85d. pdf](https://assets.hcch.net/docs/584857b8-6574-46a8-b254-426f3130c85d.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

14 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ. GUIDE DE BONNES PRATIQUES – CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS: CINQUIÈME PARTIE - MÉDIATION, jul. 2012. Disponível em: [https:// assets. hcch. net/ docs/ b700704f- 98b9- 49a6- bb93- f3de37342628. pdf](https://assets.hcch.net/docs/b700704f-98b9-49a6-bb93-f3de37342628.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

15 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ. COMMUNICATIONS JUDICIAIRES DIRECTES – CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS, 2013. Disponível em: [https:// assets. hcch. net/ docs/ f8ec0569- 7bac- 4ee0- 97b8- ab406ced167b. pdf](https://assets.hcch.net/docs/f8ec0569-7bac-4ee0-97b8-ab406ced167b.pdf) Acesso em: 15 fev. 2023.

Desta feita, conforme já sinalizado, a preocupação com a temática tempo, em casos de subtração internacional de crianças, mostra-se como um elemento condutor para efetividade convencional, de forma que podemos considerar as suas diversas camadas e efeitos em diferentes perspectivas: quer o tempo para a criança, quer o tempo da cooperação ou o tempo do processo e dos procedimentos, que juntos se articulam aos conceitos convencionais, lidos a partir da celeridade. Assim, é preciso caminhar na aplicação da integração sistemática ou microsistemática do documento analisado, a fim de avaliar qual interpretação mais se aproxima da *ratio legis*.

Em outro giro, o documento evidenciou que as medidas tomadas pelos Estados para enfrentar a pandemia Covid-19, também afetaram as relações familiares e alguns casos foram utilizadas como um meio para impedir o retorno da criança ao seu local de residência habitual, em violação ao instrumento convencional. Em reverso, o referido Guia identificou que os instrumentos disponibilizados pela Convenção da Haia de 1980 asseguram a aplicação efetiva do superior interesse da criança e apoiam os Estados Partes na implementação das regras estabelecidas na Convenção. Uma parte do texto é dedicada à utilização correta do artigo 13(1)(b), que exclui o retorno da criança quando existe um grave risco fundado em perigo físico ou psicológico. Por fim, o incentivo ao uso das tecnologias de informação, eletrônica e das comunicações também foi marcado, que passaremos a refletir em item próprio.

Vale ressaltar que, quanto aos artigos exceções ao retorno da criança ao Estado de residência habitual, especificamente o artigo 20 da Convenção da Haia de 1980, encontramos no campo doutrinário¹⁶, menções exemplificativas da materialização do seu conteúdo em situações que envolvem uma pandemia. Assim, poderia ser arguido, no sentido de que o retorno por si só, num contexto pandêmico, configuraria risco à proteção dos direitos humanos e fundamentais da criança. No entanto, no campo jurisprudencial, não encontramos esta aplicabilidade no Brasil, em âmbito da Covid-19, o que não exclui refletirmos sobre este caminho e os parâmetros doutrinários para tal enquadramento.

Destarte, tais camadas já evidenciadas pela HCCH em documentos pós-convencionais são obviamente mais benéficas em contextos de incertezas como a pandemia Covid-19. De todo modo, restou clara a preocupação multilateral com a aplicação convencional no cenário pandêmico, vez que historicamente cenários excepcionais eram utilizados para restringir direitos. Nesse sentido, o posicionamento da HCCH reafirma o seu compromisso como ator multilateral para unificação progressiva de regras de direito internacional privado e no caso

16 MARTINS, Natalia Camba. **Subtração Internacional de Crianças** – As exceções à obrigação de retorno previstas na Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do seqüestro internacional de crianças. Curitiba: Editora CRV, 2013.

da Convenção da Haia de 1980, assegura a primordialidade dos interesses da criança, o que inclui proteção máxima dos efeitos prejudiciais de uma subtração internacional.

Por outro lado, pensar a criança vinculada à circunstância da subtração internacional neste contexto, requer ter em mente uma série de complexidades, o que amplia o debate para uma necessária aproximação do seu superior interesse, quando confrontado com o interesse dos pais. Para além dos efeitos deletérios da subtração internacional em si, devemos também considerar as questões que permeiam as subjetividades da criança na pandemia Covid-19: o comprometimento físico, imaginário, criativo, psicológico, educacional e social; as ausências de todos os níveis, como o luto com a perda de um ente querido, pais, parentes, avós, ausência da convivência com amigos, professores, colegas, a ausência de quem a cuida em paralelo com o campo do trabalho que invadiu os lares, com o *homme office*; ausência econômica, considerando a perda de empregos e redução da renda para o sustento da criança, ausência afetiva e fadiga por um longo período de restrições, somado à alteração ambiental de espaço de interações físicas para a interação digital. Tais situações nos conduzem a pensar o modo de vida da criança inserida neste quadro, somados aos marcadores que identificam sua classe social, sua raça, seu gênero, sua localização geográfica. Trata-se de recortes que caracterizam o contexto da pandemia Covid-19 como amplo, complexo e contrastante e que ressaltam a quão vulnerável e comprometida a criança se apresenta.

Assim, tais pontos nos convocam à reflexão mais aprofundada e nos coaduna com a preocupação sinalizada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado para que seus preceitos sejam minimamente observados e que as violações dos direitos das crianças sejam minoradas neste período tão devastador.

3. O INCENTIVO AO USO DE TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO, ELETRÔNICA E COMUNICAÇÕES EM CASOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Dentre os conteúdos que compõem o *Boîte à Outils*, (Guia/Procedimento)¹⁷ para garantir a aplicação da Convenção sobre aspectos civis do sequestro internacional de crianças de 1980¹⁸ no período da pandemia Covid-19, buscamos dar uma atenção especial para o incentivo ao uso de tecnologias da informação, eletrônica e comunicações. Primeiramente, é relevante salientar que se trata de tecnologias que caminham ao encontro de materializar o parâmetro da celeridade

17 Tradução nossa.

18 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BOÎTE À OUTILS POUR LA CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE 1980 EN PÉRIODE DE COVID-19, jul. 2021. Disponível em: [https:// assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf](https://assets.hcch.net/docs/59c5ee8f-a878-43f2-9561-1ed81bbdfc74.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

dos processos e procedimentos que envolvem subtração internacional, acrescido da segurança de seu uso e, sobretudo, visando proteger a criança dos efeitos negativos da subtração. As novas tecnologias podem constituir uma oportunidade de trabalhar de maneira otimizada com os objetivos convencionais, em especial atenção à celeridade, minimizando distâncias e barreiras territoriais.

É importante considerar, que um conflito transnacional de subtração internacional de crianças, disciplinado pela Convenção da Haia de 1980 possui uma natureza particular. Trata-se, na maioria dos casos, de uma demanda que envolve diferentes culturas, inclusive jurídica, situadas a grandes distâncias geográficas, que demandam a preocupação acerca da proteção internacional da criança. Tal situação, precisa ser considerada com as suas particularidades, mas, sobretudo, que afaste qualquer tentativa de obstaculizar o acesso à justiça, a observância do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa no casuístico. Qualquer dificuldade que leve em consideração a preponderância do custo econômico do conflito, envolvendo viagens internacionais, pagamento de estadias e acompanhamento processual adequado deve ser minimizada em prol da tutela da criança e dos envolvidos no conflito transfronteiriço. Nesse sentido, o uso dos recursos tecnológicos e o avanço exponencial das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e eletrônicas, sobretudo, com o uso da internet nas esferas administrativas e judiciárias, tribunais online¹⁹/ justiça digital²⁰ permitem que se facilite a materialização do compromisso universal de cooperação judiciária, especialmente no tocante ao compartilhamento da atividade jurisdicional dotada de efetividade e assegurada transnacionalmente²¹. Ao mesmo tempo, os recursos tecnológicos oferecem a redução de barreiras, melhoria contínua da qualidade dos procedimentos, aumento da eficácia e eficiência e a disponibilidade do contato com os sujeitos da relação litigiosa e terceiros, que possam contribuir para o melhor esclarecimento da tutela jurisdicional prestada. Propõe-se a reflexão de que jurisdição não disponibiliza apenas o fornecimento de um serviço, como em outras áreas, mas uma tutela processualizada garantista de direitos, que oferta decisões sensíveis²² para as quais o emprego da tecnologia deve ser precipuamente auxiliar.²³

19 Expressão utilizada por: SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

20 KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes**. Oxford, University Press, 2017. GARAPON, Antoine; LASSÈGUE, Jean. **Justice digitale: révolution graphique et rupture anthropologique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2018.

21 TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro internacional de crianças – Comentários à Convenção de Haia de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 128.

22 NUNES, Dierle. Etapas de implementação de tecnologia no processo civil e ODRs. FUX, Luiz; AVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e Justiça Multipartas**. São Paulo: Foco Ed., 2020.

23 Cf. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luíza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. **Revista de Processo**, v. 285, nov. / 2018. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luíza P. C. Decisão judicial e inteligência artificial: é possível a automação da fundamentação? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (Coord.). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da**

Desta feita, o referido documento da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado incentiva a utilização de tecnologias de informação, eletrônica e comunicação no contexto pandêmico, sempre que possível, para assegurar que os casos ao abrigo da Convenção da Haia de 1980 sejam também resolvidos no contexto excepcional, mas não unicamente, incluindo o arquivamento eletrônico de documentos e/ou audiências virtuais e/ou híbridas, bem como a obtenção de provas por meios eletrônicos.

Não obstante, o uso de instrumentos eletrônicos, como a videoconferência, pode ser de grande utilidade – não apenas para facilitar o contato do Juízo com um dos pais, como também, se for o caso, com autoridades judiciais e administrativas do Estado de residência habitual da criança, ou com representantes diplomáticos e consulares desse Estado, além do juiz de ligação²⁴. No plano interno brasileiro, tais recursos estão assegurados nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, bem como, no artigo 193 e seguintes do Código de Processo Civil.

Especificamente, destacamos o papel da Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado que busca construir uma ligação entre seus colegas, visando através da melhoria da comunicação, a partilha de informações entre a Rede ou o Secretariado Permanente e com juízes da sua jurisdição, além da possibilidade de realização de comunicações judiciais diretas no âmbito do caso concreto. Trata-se do aperfeiçoamento da comunicação a fim de alcançar a transparência, a certeza e previsão das questões em análise, de forma que auxilie os juízes na melhoria do uso do tempo e dos recursos, esclarecendo questões de forma rápida, oficial e dinâmica²⁵.

Assim, a atual revolução tecnológica não é caracterizada pela centralidade de conhecimentos e informação, mas, sobretudo pela aplicação desses conhecimentos sem uma dinâmica constante entre a inovação e seu uso. Logo, o incentivo angariado pela HCCH visa promover de forma estratégica a melhoria da cooperação jurídica internacional e o aperfeiçoamento dos processos de tomada de decisão de modo que auxilie as partes envolvidas mediante a possibilidade de uso de canais de acesso rápido e menos burocráticos. Logo, trata-se de uma discussão que promove o desenvolvimento de práticas para a proteção internacional da criança, também alicerçado pelo Comitê de Direitos da Criança da ONU, que

virada tecnológica no direito processual. Salvador: Jus Podivm, 2020.

24 CALMON, Guilherme G.; SIFUENTES, Mónica. **Manual de aplicação da Convenção da Haia de 1980.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Centro de Cooperação Jurídica Internacional, 2021, n. p.

25 CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. COMMUNICATIONS JUDICIAIRES DIRECTES – CONVENTION ENLÈVEMENT D'ENFANTS, 2013. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/f8ec0569-7bac-4ee0-97b8-ab406ced167b.pdf> Acesso em: 15 fev. 2023.

em 24 de março de 2021, adotou um Comentário Geral (CRC/C/GC/25)²⁶ sobre o impacto das novas tecnologias e do ambiente digital nos direitos da criança e as novas formas de proteção a serem desenvolvidas para melhor os proteger.

Em outro giro, também inclui as relações transnacionais de um modo geral, com o intuito de provocar em âmbito da Organização a regularização internacional de práticas inovadoras e a integração produtiva importante para casos de subtração internacional. De todo modo, a aplicação de tecnologias mais avançadas deve ser pensada de maneira global, o que inclua o acesso e inovação às tecnologias, tanto para países do Norte Global, quanto para países do Sul Global. Assim, o impulso da organização internacional deve chegar inclusive em regiões pobres, onde a produção de inovações é improvável, para que os escopos convencionais sejam atendidos, numa tentativa de afastar a rigidez fomentada pela articulação da psicopolítica digital²⁷. O superior interesse das crianças deve orientar de maneira prioritária as implementações ao longo dos países, ainda que o impacto das diferenças socioeconômicas apareça como o principal obstáculo ao acesso integral. Tais pontos devem ser refletidos e considerados pela HCCH, em que deve encorajar os Estados a fazê-los, bem como disponibilizar recursos adequados, tanto legais quanto administrativos, criando-se vias mais adequadas de dimensionamento dos conflitos e trazer parâmetros para as interações e articulações entre cooperação internacional e a tecnologia.

A capacidade tecnológica de um território pode promover-se segundo três vertentes: produção de tecnologia própria, utilização de tecnologia externa e introdução local de inovação na tecnologia externa. Nas regiões mais periféricas, dificilmente capazes de chegar à produção de novas tecnologias, é fundamental fazer com que cheguem quanto antes a sua utilização.²⁸

Para uso eficiente das tecnologias da informação, eletrônica e comunicações cabe a sinalização de que a sua implementação é dependente da existência de pessoal qualificado e recursos operacionais adequados, inclusive meios de comunicação mais modernos e efetivos para a transmissão ágil das demandas que envolvem a subtração internacional de crianças. A reflexão pauta-se não unicamente na abordagem meramente instrumental, mas em novos dimensionamentos em que se introduz novas tecnologias em antigas práticas de trabalho²⁹. De todo

26 ONU. COMITÊ DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS. Comentário geral n° 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, mar. 2021. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

27 A atual crise da liberdade consiste em estar diante de uma técnica de poder que não rejeita ou oprime a liberdade, mas a explora. A livre escolha é extinta em prol de uma livre seleção entre as ofertas disponíveis. HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: O Neoliberalismo e as Novas Técnicas de Poder*. Belo Horizonte: Ayiné, 2018, p. 23-27.

28 LOPES, Maria do Céu Baptista. **Redes, tecnologia e desenvolvimento territorial**. In: CONGRESSO DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL DE CABO VERDE: REDES DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL, 1., 2009, Cabo Verde. Anais. Cabo Verde: APDR, 2009. p. 1000. Disponível em: <http://www.apdr.pt/congresso/2009/pdf/Sess%C3%A3o%2011/24A.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

29 NUNES, Dierle. Etapas de implementação de tecnologia no processo civil e ODRs. FUX, Luiz; AVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Tecnologia e Justiça Multipartas**. São Paulo: Foco Ed., 2020, n. p.

modo, percebemos que a pandemia Covid-19 permitiu a percepção mais ampla do uso de tecnologias no nosso cotidiano e a crise sanitária coloca em evidência a importância e pertinência de soluções tecnológicas que devemos desenvolver nas práticas institucionais. O incentivo da HCCH trazido pelo *Boîte à Outils*, (Guia/Procedimento) nutre o seu uso e a possibilidade do auxílio no dimensionamento dos conflitos, em contrapartida, e ao mesmo tempo, faz-se necessário evidenciar as múltiplas problemáticas e riscos inerentes ao uso das tecnologias. A começar pela disparidade socioeconômica entre os litigantes e os Estados. Duas camadas distintas, mas que utilizarão os recursos tecnológicos pensados para auxílio da aplicação efetiva da Convenção da Haia de 1980, quando possível. O seu uso terá o mesmo acesso e disponibilidade? A regulamentação local permitirá o seu uso em prol do superior interesse da criança? Camadas ainda em elaboração, mas que devemos refletir como utilizá-las. Trata-se de uma transformação já existente e empregada pelo Direito Internacional Privado, num campo da possibilidade. Em outra via, a pandemia Covid-19 permitiu a visualização da presença da realidade virtual e tecnológica na vida cotidiana e nos incita a reconhecer o movimento no presente.

4. CONCLUSÃO

Procurou-se provocar reflexões que evidenciem questões centrais e transversais das temáticas sensíveis da Convenção da Haia de 1980, provocadas pela HCCH em documento orientativo, publicado em 3 de julho de 2020, um *Boîte à Outils*, (Guia/Procedimento) para garantir a aplicação convencional no período da pandemia Covid-19. O foco central foi o reforço da aplicabilidade convencional, mesmo em tempos excepcionais, principalmente o aperfeiçoamento da cooperação, comunicação e o diálogo aproximativo. O desenvolvimento da análise procurou traçar os parâmetros nucleares decorrentes da diretiva da HCCH, a fim de destacar temas que merecem um debate mais aprofundado para o atendimento da celeridade dos procedimentos, bem como atendimento da proteção internacional da criança. Especialmente, evidenciou-se o conteúdo de um *Boîte à Outils*, (Guia/Procedimento) que fez referência à atuação das Autoridades Centrais; centralidade da criança nos processos interpretativos e aplicativos convencionais; uso da mediação; uso das tecnologias da informação, eletrônica e comunicações, além da preocupação com questões práticas do deslocamento internacional em tempos de diferentes restrições.

Dentre os conteúdos que compõe o documento, a atenção dirigiu-se para o incentivo ao uso de tecnologias da informação, eletrônica e comunicações, na perspectiva do atendimento e do encorajamento da sua utilização sempre que possível, a fim de contribuir para a celeridade dos procedimentos, a segurança e a proteção internacional da criança. Por outro lado, evidenciamos algumas proble-

máticas e dificuldades que permeiam o acesso integral às inovações tecnológicas no campo da possibilidade e das diferenças socioeconômicas e de disponibilidade entre litigantes e Estados Contratantes. Assim, concluímos que a HCCH contribuiu como ator internacional para o reconhecimento das violações de direitos em diferentes camadas e diferentes territórios sociais, bem como das identidades dos sujeitos num esforço para reconstruir os espaços transnacionais para dar conta de contextos catastróficos.

Com o aumento e a expansão das violações dos direitos humanos no contexto da pandemia Covid-19, acentuando vulnerabilidades já existentes, o contexto nos provoca para novas orientações sistematicamente pensadas, o que implica a ampliação de mecanismos para proteção das crianças. Os parâmetros dos documentos pós-convencionais da Convenção da Haia de 1980 oferecem perspectivas necessárias para que a centralidade da criança tome o seu espaço, nos planos interpretativos e aplicativos convencionais dos casos que envolvem a subtração internacional. Nesse sentido, entendemos que tais parâmetros devem ser incorporados como pautas de discussões e aperfeiçoamento no plano transnacional, além de contribuir para práticas interpretativa e aplicativa no presente e no futuro. Ao mesmo tempo tais temáticas evidenciam quais aspectos qualificados como prioritários, para fins de melhor alcance da aplicação efetiva da Convenção da Haia de 1980.

A UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DIGITAIS PARA AUXILIAR NO CUMPRIMENTO DO ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NA ADOÇÃO INTERNACIONAL

LEILA ARRUDA CAVALLIERI¹

THIAGO ALMEIDA SANTOS²

1. INTRODUÇÃO

O progresso tecnológico, que surpreende e a todos atinge em velocidade espantosa, deve ser entendido como um aliado para a consecução de objetivos sociais de aprimoramento dos indivíduos em suas relações entre si. Porém, traz também inúmeras responsabilidades para que se evite o uso incorreto das informações. A pesquisa em ciências jurídicas deve ser constante, permanente, profunda e atualizada, tentando acompanhar o crescimento exponencial dos recursos que são oferecidos diuturnamente.

A pesquisa apresentada intenta mostrar de que forma os recursos digitais foram utilizados, de maneira benéfica, para facilitar a interação entre partes envolvidas numa adoção internacional. A adoção entre países é a que diz respeito a indivíduos com residência habitual em Estados diversos, e que se concretiza com o deslocamento de crianças ou adolescentes, os adotandos, para o local de residência habitual das famílias adotantes.

Verifica-se que a lei brasileira impõe requisitos próprios para que todo o procedimento transcorra no superior interesse da criança, princípio básico da temática infância. Um dos requisitos que precisa ser cumprido é a obrigatoriedade do estágio de convivência, no qual futuros pais e filhos iniciam a construção de laços de afeto e confiança. Esse estágio presencial precisa ser cumprido em território nacional, mas se inicia bem antes da vinda dos adotantes ao Brasil, de forma virtual, através dos meios eletrônicos disponíveis. Videoconferências são os instrumentos primários de contato, objetivando uma interação positiva entre to-

1 Doutora e Mestre em Direito Internacional. Membro do Grupo de Pesquisa REDE de Processo Civil Internacional. Membro do Grupo de Pesquisa da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado PUC-RJ. Professora Universitária.

2 Engenheiro eletricitista, pesquisador de criptografia baseada em casos e consultor em segurança da informação. Grupo de pesquisa: Grupo de Controle e Modelagem (Universidade Federal de São João del-Rei), [https:// ufsj. edu. br/ gcom/](https://ufsj.edu.br/gcom/).

dos. Mas ao mesmo tempo, há necessidade de cautela, pois muitos dados podem ficar expostos, trazendo consequências indesejáveis. Portanto, a pesquisa objetiva trazer a lume, tanto as salutares conquistas quanto a necessidade de constante vigilância do uso da tecnologia, ainda mais quando é aplicada em cenário que expõe sujeitos vulneráveis, como crianças e adolescentes.

2. A FAMÍLIA E SEU PAPEL NA FORMAÇÃO DAS PERSONALIDADES DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que crianças e adolescentes têm direito de permanecer em sua família originária, convivendo com seus parentes biológicos, ou, em sua falta, com aqueles com quem mantenham vínculos de afeto, familiaridade ou afinidade. O cuidado e o compromisso que envolvem essa configuração são essenciais para a construção da personalidade e segurança das atitudes de crianças e adolescentes. Trata-se de um direito instituído em lei e reconhecido por especialistas de várias áreas que lidam com essa temática.³

O Estatuto aponta que há medidas específicas de proteção às crianças, que em alguns casos, são aplicadas aos pais ou responsáveis, tais como encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos, encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico, encaminhamento a cursos ou programas de orientação. O objetivo é reestruturar o grupo familiar visando à reinserção dos infantes em sua família.

O dispositivo estatutário define o que considera família natural como sendo aquela comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, mas acrescenta que parentes com quem a criança tenha convívio, desenvolvendo afinidade e laços de afeto, também fazem parte do núcleo familiar. A respeito, comenta André Fernandes que a família dá consistência e alimenta a pessoa. A família, enquanto sociedade primária, constitui o paradigma do restante dos agrupamentos humanos, guardando íntima conexão com o fim último de todo ser humano, que é sua promoção enquanto pessoa.⁴

3 Conforme dispõe o ECA, no art. 19, é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituída, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. O §3º complementa a normativa: “§ 3º-A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do *caput* do art. 101 e dos incisos I a IV do *caput* do art. 129 desta Lei.”

4 FERNANDES, André Gonçalves. Família: redução privatizante e função personalizante. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2015. p. 43.

Além disso, o preceito constitucional disposto no *caput* do art. 227 acrescenta que a família e toda a sociedade, civil e política, têm o dever de garantir, dentre outros direitos fundamentais, aquele relativo à convivência familiar.⁵

De acordo com Leila Cavallieri, à família tradicional, formada pelo pai, mãe e filhos acrescentam-se vários outros tipos de denominações, tais como a monoparental, estendida, extensa, ampliada, mosaico, fraternal, homoparental. Mas todas têm em seu cerne o objetivo de unir seus membros, dando proteção e estabelecendo funções.⁶

Quando, porém, cenários estáveis não são viáveis, outras soluções devem ser buscadas. E nesses casos, a substituição do suporte familiar que está falhando por outro que funcione, sempre no superior interesse da criança, deve ser acolhido. Muitas das questões que envolvem parentalidade são frágeis, desafiadoras, doloridas. Quaisquer que sejam os fatores que tenham atingido essa ruptura, as consequências sempre serão melancólicas, pelo menos por um certo tempo.⁷

O primeiro contato de uma criança com o mundo exterior ao útero é com a mãe e é necessário um tempo para o bebê entender que é um ser autônomo ao corpo materno. A partir do nascimento, suas necessidades precisam ser atendidas para garantir sua sobrevivência. A criança tem integral dependência de adultos nas fases iniciais de sua vida. Por mais carente que seja o ambiente em que ela se encontra, é nesse que ela se adequa e dele depende. A não ser por questões de comprovados maus tratos, a miséria ou a pobreza não são fundamentos para que uma criança ou adolescente seja apartado daqueles que compõem seu núcleo familiar e com quem convivem desde sempre.⁸

5 “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

6 CAVALLIERI, Leila Arruda. **O direito internacional e a criança:** adoção transnacional e nacionalidade do adotando. Belo Horizonte: Araes Editores, 2017. p. 33. No Guia Comentado da Associação de Magistrados Brasileiros, Novas Regras para a Adoção, Campanha Mude um destino, AMB - Paraná encontra-se o seguinte comentário ao parágrafo único art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, parágrafo esse acrescentado pela lei 12. 010 de 2009. O comentário é da lavra dos organizadores do Guia. “Aqui temos uma importante definição do que é a família ampliada, além de reafirmar que não basta apenas o laço de sangue, mas também a necessidade de que haja afinidade e afetividade, elementos considerados fundamentais para que seja assegurado o direito à convivência familiar de modo pleno.” PACHÁ, André Maciel; VIEIRA Jr.; NETO, Francisco Oliveira. **Novas regras para a adoção: guia comentado.** Campanha Mude um destino. [Paraná]: Associação de Magistrados Brasileiros, [2009]. p. 6.

7 Com enfoque na pedagogia, Jose Saras Bescos afirma que não se pode imaginar a transmissão de cultura ou o desenvolvimento pessoal da criança sem que seja por força da educação familiar e completa: “El que una familia eduque de una u de outra forma a un nuevo miembro no es solo importante para esse individuo y esa familia, sino para la misma sociedad.” Michel Dagot e Pierre Spiteri fazem menção à importância do envolvimento filial ao estabelecer que as regras da filiação e sua influência sobre o comportamento e a formação da personalidade de uma pessoa são vitais. Realmente, durante toda a existência de alguém, seja de forma positiva ou negativa, os laços de filiação unem pais e filhos. BESCOS, Jose Saras. **El derecho a una infancia feliz:** su protección integral. Aspectos pedagógicos de la protección integral a la infancia. Madrid: Almena, 1978. p. 105. DAGOT, Michel e SPITERI, Pierre. **Le nouveau droit de la filiation.** Paris: Librairies Techniques, 1972. p. 11.

8 De acordo com o Estatuto, a falta ou a carência de recursos materiais não é razão para que o poder familiar deixe de ser exercido pelos pais. O que a lei preconiza é que a família com rupturas deve ser orientada a procurar ajuda profissional, incluída de forma imperativa em programas que persigam sua estabilização. (art. 23)

Nenhuma medida de retirada de uma criança ou adolescente de seu núcleo familiar original será preconizada se não se esgotarem todas as tentativas de acolhimento da família natural com o intuito de sanar as dificuldades de convivência, oferecendo suporte para o manutenção dos filhos junto aos pais biológicos. Portanto, qualquer ato de substituição desse arranjo será sempre subsidiário, conforme dispõe o Estatuto, no art. 19.⁹

Dessa forma, afastar uma criança de seus pais sem uma tentativa de solução dos conflitos que desencadearam a impossibilidade de permanência naquele núcleo é um erro fundamental. Porém, há casos em que, a própria segurança da criança está ameaçada, nesse caso, o afastamento de pais e filhos se faz imprescindível.

A desintegração de algumas organizações familiares pode ocorrer por inúmeros fatores, seja social, jurídica ou naturalmente, deixando à própria sorte crianças e adolescentes que dela faziam parte. Nesses casos, a substituição da família ou a institucionalização ou acolhimento oficial da criança ou adolescente é inevitável, mesmo não sendo o ideal. Encaminhar uma criança ou adolescente para uma família substituta não é uma decisão que possa ser insensata.

Esse procedimento só ocorrerá quando a criança ou adolescente, em face de sua vulnerabilidade, estiver sofrendo uma desintegração emocional ou física.

O processo de acolhimento da criança ou adolescente em família que possa substituir, temporária ou permanentemente, a família natural, se dará através dos institutos da guarda, da tutela ou da adoção.¹⁰

3. COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ADOÇÃO

É bastante conhecido o relato bíblico sobre o reinado de Salomão em Israel. Por volta de novecentos anos antes de Cristo, este rei e juiz, filho de Davi, exercia com justiça e sabedoria sua missão.

Duas mulheres chegaram à sua presença, brigando ambas pela mesma criança, recém-nascida, que alegavam ser sua. Aos gritos, puxavam pelas pernas e bracinhos a criança para si. Então, o rei Salomão ordenou a seus guardas que partissem a criança ao meio e que cada metade fosse entregue a uma das mulheres.

9 A respeito, Luiz Edson Fachin diz que a família se constitui em um corpo que se reconhece no tempo, formando um agregado de âmbito cultural e histórico como espaço de poder, de laços e de liberdade. Torna-se uma aliança complexa, formada de harmonia e paradoxos. FACHIN, Luiz Edson. Família, direitos e uma nova cidadania. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). O novo CCB e a *vacatio legis*. **Anais do Terceiro Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 15.

10 ECA Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

A primeira elogiou a atitude do rei, afirmando que esta era uma justa decisão. A outra, em desespero, pediu que a criança fosse entregue incólume à sua rival. Preferiu abrir mão do bebê para outra do que feri-lo em qualquer hipótese.

O rei entregou a criança à segunda mulher.

A interpretação que tem sido dada à presente passagem bíblica é que Salomão usou de um estratagema para descobrir a mãe biológica.

Não se deve aceitar tal premissa, pois tudo indica que o que ficou constatado é que uma das mulheres realmente tinha afeto pela criança, podendo esta ser a mãe biológica ou não. Pode-se garantir que aí está o cerne do instituto da adoção: dar à uma criança rejeitada, maltratada, desprezada, uma família que se proponha a amá-la, educá-la, dela cuidar com afeto, responsabilidade e amor. Sempre se há de buscar uma família para a criança ou adolescente e não o contrário.¹¹

A adoção, dessa maneira, é o instituto jurídico que tem por objetivo dar uma família afetiva, jurídica e definitiva a uma criança ou adolescente privados de sua família biológica ou natural.

Em países da América do Sul e Latina, as regras sobre a adoção são bem semelhantes às do Brasil, com algum rigor maior por parte da Argentina, explicado esse como consequência dos anos de ditadura e dos abusos e desrespeito aos direitos humanos e fundamentais das famílias privadas de seus filhos, por terem sofrido privação de liberdade. Em função dos inúmeros casos de adoções ilegais de crianças e adolescentes, filhos de pais argentinos e de outras nacionalidades, que lutavam contra a ditadura, muitos pelos próprios alcoses de seus pais, a Argentina não vê com muita simpatia o instituto da adoção.¹²

Na Europa, por exemplo, a França regulamenta a adoção através da Lei 2013-404, de 17 de maio de 2013. Os artigos 343 a 370-5 do Código francês vigente regulamentam o instituto. A ideia central sobre adoção do Código Na-

11 CAVALLIERI, op. cit, p. 10.

12 Em 2010, grupos de familiares de desaparecidos e a Secretaria de Direitos Humanos da província de Buenos Aires denunciaram o envolvimento de dois juízes e ex-funcionários da Justiça argentina por participação em sequestro e adoção ilegal de Simón Riquelo. Durante a última ditadura do país (1976-1983), muitos filhos de presos políticos eram entregues a militares ou a simpatizantes do regime. Estima-se que 500 crianças foram separadas dos pais na Argentina naquele período. Em 2002, após anos de busca, Sara Méndez encontrou o filho Simón Riquelo. Na noite de 13 de julho de 1976, quando ele tinha apenas 22 dias de vida, os dois foram separados. Sara foi sequestrada e levada à prisão clandestina Automotores Orletti, na cidade de Buenos Aires. Riquelo foi entregue, horas depois, a Osvaldo Parodi. Sara e Maurício Gatú, pai de Riquelo, eram uruguaios, membros da então ilegal FAU (Federação Anarquista do Uruguai) e militantes do Partido pela Vitória do Povo. Com a instauração da ditadura no Uruguai (1973-1985), os dois foram para Buenos Aires. Não junto com Sara, Gatú também foi sequestrado naquela época. Ele faleceu em 1991 por conta de um ataque cardíaco. Ela, por meio da Operação Condor, foi transferida da Orletti para Montevideu, capital do Uruguai, e condenada a cinco anos de prisão pela Justiça Militar. Em 2002, Sara soube o paradeiro de Riquelo, mas não sabia quem eram os responsáveis pela adoção ilegal de seu filho. A denúncia do envolvimento dos juízes foi encaminhada ao promotor geral Esteban Righi. Citado pela agência de notícias estatal argentina, *Telám*, ele afirma que o caso é grave não apenas pelo crime cometido na época, mas também pelo envolvimento dos juízes com investigações de violações das quais são acusados. Em Montevideo, Uruguai, foi fundada a Asociación Civil Comisión de Fomento Simón Riquelo com o intuito de investigar casos de adoções ilegais. Há também na Argentina um grupo coordenado por Ricardo Blanco, composto de mais de 40 pessoas que investiga suas origens e os motivos das adoções irregulares. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3516/conteudo+opera.shtml>. Acesso em: 07 fev. 2015.

poleão, disposta no art. 346, mostrava que o instituto era um contrato feito por livre consentimento das partes, o adotante e o adotando. Logo, o adotando, para consentir, precisava ser maior de idade, que à época era obtida aos vinte e um anos. Assim Morin explicava: “adoption était un contrat librement consenti entre deux personnes majeures: l’adoptant et l’adopté.”¹³

A adoção, na França, que antigamente era confidencial, aumentou muito nos tempos atuais. Em vinte anos, o número de casais postulantes à adoção dobrou, segundo informação da Ecole nationale de protection judiciaire de la jeunesse (ENPJJ) em Roubaix, na França. A Escola tem sua origem no Centre de formation et d’études de Vaucresson, que foi criado em 1952.¹⁴

O Brasil dispôs a regulamentação do instituto no Estatuto da Criança e do Adolescente, retirando do Código Civil as regras que envolvem crianças e adolescentes, assim considerados os que não completaram ainda dezoito anos. O legislador optou por modificar algumas normas estatutárias a fim de adequar e modernizar o instituto, tornando-o mais condizente com a realidade do país.

Dados colhidos através do Portal do Conselho Nacional de Justiça informam que há 32.991 famílias cadastradas com o intuito de adotarem uma criança ou adolescente e que são 4.238 crianças aptas a serem adotadas. Dessa feita, temos uma média de 8 famílias para cada criança em condições de fazerem parte da nova família. O que leva pessoas a aguardarem por anos na fila em que se cadastraram com o intuito de serem os pais escolhidos para algumas dessas crianças? Variadas são as causas. Inicialmente, é necessário que a família crie um perfil do filho que estão procurando. E muitas das vezes, esse perfil é bastante restrito, inviabilizando uma busca profícua pela criança. Em que pese estar havendo uma mudança gradual na construção do perfil, a maior parte das escolhas se referem a recém-nascidos, meninas, brancas, saudáveis, sem irmãos e essa não é a realidade nos serviços de acolhimento. Ainda há necessidade de se desenvolver uma compreensão maior pela adoção tardia, que engloba crianças de mais idade e adolescentes.

São quase 4.000 crianças ou adolescentes com mais de 2 anos de idade e apenas 340 com menos de 2 anos e pouquíssimos com tenra idade. Quanto à etnia, 70% são pretos ou pardos, 54% são do sexo masculino, 30% têm problemas de saúde ou deficiência e 2.404 formam grupos de irmãos, que não devem ser separados. Nesse cenário, a criança ideal não é a criança real.

A reconstrução do perfil, que pode ser orientada por profissionais como psicólogos e assistentes sociais, aumenta a chance de reduzir bastante o tempo de

13 MORIN, Michel. **La Reforme de L’Adoption**. Paris: Extraits du Repertoire du Notariat Defrenois, 1987, p. 7.

14 Os dados encontram-se em Publications, Centre de Recherche Interdisciplinaire, Unité associée du C. N. R. S. 2014.

espera pela criança. Mas, aliada a essa questão, depara-se com o trâmite relativo ao processo de extinção do poder familiar, que em muitos casos, é demorado, burocrático, exaustivo e até desanimador. A lei estabelece um prazo de 120 dias, prorrogável por igual prazo, para a conclusão do processo de adoção (§10 art.47 ECA), o que pode acarretar desânimo nos postulantes. Existem famílias já cadastradas, esperando há mais de 4 anos o deslinde do processo, que se passa nas Varas da Infância, da Juventude e do Idoso.

Segundo informações de especialistas da área, o processo de adoção tem seguimento após o trânsito em julgado da decisão judicial de extinção do poder familiar. Caso essa decisão não ocorra até o final do processo, há uma interrupção e este fica sobrestado, aguardando que a autoridade decida.¹⁵

Por ser um ato que alia compaixão e busca da felicidade, nenhuma atitude deve ser julgada, criticada ou menosprezada. A intenção, tanto legislativa quanto doutrinária e social, de aproximar o mais possível a adoção da filiação biológica não permite que se imponham critérios externos para a escolha do filho pretendido. Cada família deve ser soberana em sua escolha.

4. ADOÇÃO INTERNACIONAL

O ECA dispõe de regras específicas para regulamentar a adoção que se dá através de fronteiras, a adoção internacional. O Brasil é ratificante da Convenção da Haia sobre Adoção Internacional e, portanto, tem adequado suas regras internas aos ditames da Convenção. A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, exerce papel de diretriz para a normatização doméstica no tocante à regulamentação da adoção transnacional.

A Conferência da Haia é uma organização intergovernamental destinada a codificar e harmonizar regras de direito internacional privado. De acordo com Valesca Raizer Moschen¹⁶, “desde os seus primórdios, inclui a preocupação com a harmonização das regras de direito referentes ao processo civil.” A autora complementa afirmando que, em especial, no âmbito do tratamento autônomo, a proposta se desenvolveu a partir de duas premissas: a cooperação legal internacional e os litígios internacionais.

15 Informações prestadas pela equipe da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso de São Gonçalo, RJ.

16 MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A Conferência da Haia e a codificação do direito processual civil internacional. In: RAMOS, André de Carvalho; ARAÚJO, Nádio de. (orgs.). **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus Impactos na Sociedade-125 anos (1892-2018)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

A adoção internacional encontra-se no âmbito da cooperação entre Estados. O ECA, anterior à Convenção, já dispunha de normas a respeito do assunto, mas foi através das leis 12.010/2009 e 13.509/2017 que se modernizou e adaptou às demandas de todos aqueles envolvidos na adoção internacional. Através desta convenção ficou instituído que os Estados contratantes deveriam designar um órgão nacional para funcionar como Autoridade Central, visando o cumprimento do Art. 6 da Convenção. Foi criada a Autoridade Central Administrativa Federal- ACAF, de âmbito administrativo e cunho discricionário. A partir daí, criaram-se também autoridades estaduais, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção Internacional, as CEJAIs. Tanto a autoridade federal quanto as estaduais têm sido fundamental para que as adoções se realizem sempre no superior interesse da criança e do adolescente.

Há necessidade de se distinguir uma adoção interna da internacional a fim de que a aplicação das normas se dê corretamente. Entende-se que o conceito de adoção internacional envolve partes – adotantes e adotandos – residentes habitualmente em Estados diferentes. Não importa sua nacionalidade. É o deslocamento do adotando de sua residência no país de origem para o local de residência no país de acolhida dos adotantes que caracteriza a internacionalidade da medida. Infere-se daí que elementos de conexão como domicílio ou nacionalidade perderam seu protagonismo e a residência habitual passa a ser o elemento definidor da espécie, conforme o preceituado no art. 51, caput do ECA, consoante os dispositivos do Art.6 da Convenção da Haia sobre Adoção. O Estatuto substituiu as palavras pessoa ou casal por pretendente que eram utilizadas anteriormente e também, se referiu especificamente à residência habitual dos envolvidos.¹⁷

A Constituição Federal, anterior ao Estatuto e à Convenção da Haia, apesar de preocupação com a forma transnacional da medida adotiva, a ela se refere como “adoção por estrangeiros”, fazendo uso da nacionalidade dos adotantes para a distinção, o que pode levar a desalinho conceitual. Porém, como as regras sobre adoção interna e internacional se encontram dispostas no Estatuto, sua configuração dará mais segurança aos processos.¹⁸ Alguns princípios, já introduzidos na legislação própria, norteiam a adoção internacional, e sua observância é essencial. Podem ser elencados da seguinte forma:

17 “Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n.º 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção.” Há casos de brasileiros, residentes habitualmente no exterior, que se habilitam para adotar criança residente no Brasil. Apesar da coincidência de nacionalidades, trata-se de uma adoção internacional, devendo os adotantes brasileiros passarem pelo trâmite exigido pelas leis brasileiras, que pontuam algumas diferenças processuais entre as duas espécies, como por exemplo, os prazos do estágio de convivência entre as partes. Da mesma forma, se estrangeiros residentes no Brasil quiserem se habilitar à adoção de criança aqui residente, essa adoção será interna.

18 CF, “art. 227. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiro.”

a) O superior interesse da criança ou adolescente é mandamental e sempre deve ser analisado.

Tanto no âmbito constitucional quanto na legislação ordinária, e nas normas convencionais, o princípio do superior interesse é mencionado e reiterado, em todas as situações em que uma das partes é a criança ou o adolescente, estendendo-se às regras que dizem respeito às adoções. No cenário internacional, a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, no Artigo 1, estabelece que as adoções internacionais devem ser feitas segundo o superior interesse da criança, respeitados seus direitos fundamentais reconhecidos internacionalmente. Comentando a convenção, Nádia de Araújo afirma que “Suas normas estabelecem garantias para que a adoção sirva ao interesse superior da criança.”¹⁹

b) A intervenção da autoridade judicial no processo de adoção é obrigatória.

A primeira menção à judicialização do processo adotivo se deu através do Código de Menores de 1979, no art.28, reiterada através de manifestações dos Tribunais. Durante a IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), da Justiça Federal, em 2006, foi proposto o seguinte enunciado, de nº 272: “Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos.”²⁰

Anteriormente ao Código de Menores, bastava que os pais ou responsáveis se dirigissem a um cartório de Registro Civil e voluntariamente aceitassem dar seu filho em adoção. Não havia nenhuma investigação sobre a família adotante, nenhum controle judicial. Configurando a adoção nacional contratual, ou até mesmo a internacional, regulamentada nos artigos 368 a 378, não havia impedimento para, quem quer que fosse, brasileiro ou estrangeiro, se dirigisse com os pais da criança ou adolescente a um cartório e recebesse seu filho em adoção. Evitar e coibir adoções irregulares, tráfico ou venda de crianças exige a observância desse preceito com rigidez. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

c) Não será aceito nenhum objetivo de lucro no procedimento.

19 ARAUJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado**. Teoria e Prática Brasileira. 5. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 59.

20 O assunto foi discutido no âmbito do grupo que tratava da parte geral, tendo como coordenadores Gustavo Tepedino e Silvio Romero Beltrão e relatores Ana Carolina Lobo Gluck Paul e Jorge Eustácio da Silva Frias e dizia respeito ao art. 10 do CC. Para maiores detalhes, consultar: <http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>.

A Convenção da Haia sobre Adoção estipula, no Artigo 4, c, 3 que os consentimentos dos envolvidos não podem ser obtidos mediante pagamento ou compensação de qualquer espécie. Não se deve confundir a atuação de profissionais, dentro de suas funções regulamentares com abusos e pagamento pelas crianças. Os honorários de advogados que se inserem no processo, contratados pelos adotantes para acompanhamento do trâmite, de intérpretes para facilitar a comunicação e o custo documental de traduções feitas e outros, não implicam em desvio. Mas, de toda forma, não podem exorbitar as cobranças médias aceitáveis nos países. A atuação de agências autorizadas a agir nas adoções internacionais devem ser fiscalizadas. Dispõe o art. 52 do ECA, “§ 11. A cobrança de valores por parte dos organismos credenciados, que sejam considerados abusivos pela Autoridade Central Federal Brasileira e que não estejam devidamente comprovados, é causa de seu descredenciamento.”

d) Caráter de excepcionalidade da adoção internacional.

Caso haja adotantes residentes no país de residência do adotando interessados na adoção, estes terão prioridade.

O ECA, no art. 51 dispõe que:

§ 1 º-A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei;

e) A autoridade que deferir a adoção deve conhecer a lei que será aplicada ao adotando no país de acolhida.

A importância de se conhecer a legislação à qual se submeterão os adotandos no país de acolhida pode garantir que estes não sejam equiparados a cidadãos de 2ª categoria, com a supressão de inúmeros direitos civis e políticos. Uma das questões que deve ser enfrentada é a concessão aos adotandos da mesma nacionalidade de seus adotantes. A verificação da legislação militar, como por exemplo, o serviço militar obrigatório para mulheres, como ocorre em Israel e na Suécia, as regras sobre casamento e sucessão, a imposição de religião e outras nuances deve ser realizada pelo magistrado, pois influem na concessão.

f) Encontrar a família ideal para uma criança ou adolescente e não uma criança ou adolescente para uma família.

Casais que estão em processo de separação, que perderam um filho, que são pressionados pela sociedade ou família para procriarem não devem ser incentivados a adotar, com a sugestão de que vão resolver todas as suas tribulações. Adoção é um ato de compaixão, mas também de certeza e comprometimento

definitivo com a vida de alguém. Mas também pode prejudicar mais ainda o que está frágil, se não for uma decisão consciente a respeito de “tornar um estranho seu filho”. Não é um processo fácil para nenhum dos lados. Se a criança em acolhimento já tem um histórico prévio de rejeição, uma adoção frustrada trará consequências nefastas e insanáveis.

5. O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

No processo da adoção internacional brasileiro, uma das exigências é o cumprimento de um estágio, obrigatoriamente feito no Brasil, a fim de que os pretendentes e as crianças possam conviver por um período de tempo. O art. 28 do Código de Menores de 1979 regulamentava, em seus parágrafos, que o estágio de convivência se daria pelo prazo estipulado pela autoridade judicial e que poderia ser dispensado se a criança ainda não tivesse um ano de idade. Conclui-se de que não se tratava de condição obrigatória, uma vez que poderia ser dispensado.²¹

Esta acepção originária da redação legislativa de 1979 não parece ter sido um procedimento destituído de acertos. Os organismos e agências credenciados pelo Brasil atuavam e atuam na seleção de famílias interessadas em adotar crianças em outros países que não os países de sua residência habitual. A confiança nos organismos e agências especializados no exterior é sedimentada pelos bons resultados obtidos em procedimentos anteriores. As agências, entidades ou organismos estrangeiros têm como função preparar os relatórios concernentes às avaliações das famílias que pretendem adotar uma criança. Elas são credenciadas no local de sua sede e em países que realizam as adoções internacionais. O Brasil credenciou, recredenciou ou descredenciou, nos últimos anos, cerca de quinze delas para atuarem no país.²²

O atual cenário legislativo apresentado pelo ECA na adoção internacional traz a exigência do convívio entre adotantes e adotandos, obrigatoriamente cumprido em território nacional. De acordo com o § 3º do art. 46 do ECA, em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 dias e, no máximo, 45 dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

21 “Art. 28. A adoção simples dependerá de autorização judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura, para averbação no registro de nascimento do menor. § 1º A adoção será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas a idade do adotando e outras peculiaridades do caso. § 2º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade.”

22 Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/adoacao-internacional/arquivos/organismos-estrangeiros/organismos-estrangeiros-credenciados-e-seus-respectivos-representantes-no-brasil-2.pdf>

Alguns autores discordam do intuito do legislador, na medida em que a exigência da presença de pessoas residentes fora do Brasil no território brasileiro, por um prazo que pode chegar a 90 dias seria um obstáculo para adotantes sem condições financeiras para essa estadia. Não deve ser afirmado que a adoção, seja ela nacional ou internacional, precise ser um processo facilitado. Pelo contrário. Por ser um instituto que envolve pessoas com maior grau de vulnerabilidade – crianças e adolescentes – toda cautela e rigor são absolutamente necessários, desde que o processo não se torne impossível de ser realizado por força do excesso de exigências legais.

O legislador pretendeu, ao que parece, que, com a exigência de que a família residente no exterior permanecesse no país, pudesse haver uma adaptação e entrosamento maiores entre os futuros pais e filhos. A questão que se coloca é o porquê dessa condição, que se for avaliada realisticamente pode dificultar ou impedir as adoções. A exigência seria uma forma de elitizar a adoção internacional? É fato que qualquer ausência da residência habitual, do trabalho, das obrigações, do convívio com outros filhos pode ser um sério complicador diante do alto custo, econômico, social, pessoal e emocional de se viver, temporariamente, em outro país. Alguns autores, como José Luiz Mônaco, expõem sua contrariedade à exigência do cumprimento do estágio de convivência no território brasileiro alegando que no Código de Menores de 1979, esse mister poderia se realizar em território estrangeiro. Esse autor afirma que tal requisito pode se transformar em um óbice à adoção, na medida em que o adotante residente em outro país geralmente não apresenta disponibilidade para ficar tanto tempo fora de suas obrigações.

Esse convívio talvez não seja muito real, pois transcorre em imóvel alugado para esse fim ou hotel, em um espaço diferente do que seria a casa familiar, com os pretendentes ciosos em agradar os futuros filhos e estes agindo da mesma forma, em nada semelhante ao que será a vida das crianças em seu país de acolhida. Para onde serão encaminhados haverá um lar, outros familiares, uma vizinhança, uma escola, uma congregação religiosa, em tudo diverso do que o período de estágio de convivência pode oferecer.

Em que pese haver posicionamentos que avaliam o estágio de convivência real, cumprido fora da futura residência da família, como pouco expressivo para avaliar o futuro das relações paterno-filiais, sugerindo até que pudesse ser facultativo, não se pode invalidar o poder da proximidade de corpos, toques e expressões corporais.

Mungi Ngomane²³, avaliando as conclusões da pesquisa realizada por Dimberg e Söderkvist²⁴, “A técnica de ação facial voluntária: um método para testar a hipótese de feedback facial.”, explica que pode ser mais fácil e rápido enviar uma mensagem eletrônica, mas as vantagens de reservar um tempo para interação presencial não deve ser subestimada. Os sinais não verbais podem permitir a formação de conexões que não existiriam a distância.

6. FERRAMENTAS QUE PODEM FACILITAR O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Os procedimentos da adoção internacional não se consomem de imediato. É preciso tempo de preparação das partes envolvidas para haver a escolha correta de uma família para uma criança. O processo exige a participação de especialistas de ambos os países envolvidos pois se trata de uma forma de cooperação internacional.

Como exemplo, pode-se pensar em uma família residente em país ratificante da Convenção da Haia sobre Adoção, na Europa. Essa família deseja adotar criança ou adolescente residente no Brasil. O processo segue um curso estabelecido pelas normativas internas e convencionais. Na medida em que a família é considerada habilitada como postulante perante as autoridades do país de sua residência habitual, essa autoridade poderá atestar sua capacidade para assumir as funções de parentalidade. Esse atestado, em forma de relatório, é enviado às CEJAs do país de origem das crianças, no caso o Brasil, com cópia para a Autoridade Central Administrativa Federal, ACAF.

É realizada uma avaliação do relatório pela equipe de especialistas da autoridade estadual, levando em conta a situação psicossocial dos pretendentes à adoção, a compatibilidade com a medida, a adequação das legislações para então expedir laudo de habilitação. Dessa feita, os requerentes deverão aguardar a indicação da criança para se iniciar o contato.²⁵

O trabalho da equipe interprofissional é basilar, indispensável e traz consequências positivas para o intercâmbio de esperanças. Os contatos iniciais, dificultados pela diferença territorial de residência das partes, é que ainda não necessitam estar no Brasil para o cumprimento do estágio, pode, porém, ser suprido por ferramentas atuais que facilitam a comunicação entre futuros adotantes e adotandos.

23 O autor conclui dizendo; “Façamos votos que, de *lege ferenda*, o estágio de convivência seja cumprido fora das fronteiras brasileiras, como sucedia com o Código de Menores revogado.” SILVA, José Luiz Mônaco da. **A Família Substituta no Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 37.

24 NGOMANE, Mungi. **Ubuntu todos os dias: eu sou porque nós somos**. Rio de Janeiro: Bestseller, 2022. p. 206. DIMBERG, U., e SÖDERKVIST, S. J. **The voluntary facial action technique: a method to test the facial feedback hypothesis**. Journal of non verbal behavior, 35, 2011, p. 17.

25 As normativas que regulam o procedimento estão dispostas no ECA, art. 52.

O estágio de convivência entre os futuros pais e filhos é exigência legal e deve ser cumprido, da forma mais amena e eficiente. O contato inicial precisa ser bem assessorado e é a equipe das CEJAs que orienta esse intercâmbio a fim de que as primeiras conversas sejam promissoras. Nesses casos, a barreira linguística pode ser um obstáculo inicial, mas que é substituído, em pouco tempo, por manifestações de entendimento, afeto, acompanhadas de risos e choros de alegria.

Em alguns estados, como o Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça tem usado a plataforma Teams, tendo já utilizado por um bom tempo o Skype. As chamadas costumam ser muito ricas, mesmo havendo alguma incerteza, a princípio, sobre o deslinde do procedimento.

De acordo com Thiago Santos²⁶, as tecnologias de videoconferência tornaram-se essenciais para a comunicação à distância, proporcionando a transmissão de áudio e vídeo em tempo real. Elas permitem que as pessoas possam se conectar e se comunicar mesmo estando a longas distâncias, com recursos adicionais como compartilhamento de tela e gravação para melhorar a interação. Em síntese, as videoconferências são ferramentas inestimáveis para a comunicação remota. Um dos primeiros aplicativos que popularizou esta tecnologia foi o Skype, lançado em 2003, que rapidamente se tornou uma das plataformas mais populares para videoconferências. No entanto, com o passar dos anos, o Skype foi substituído pelo Microsoft Teams, que oferece mais recursos e integrações, tornando-se a escolha principal dos usuários. De acordo com uma matéria publicada no Reuters, o Microsoft Teams tem uma base de usuários crescente e é uma plataforma líder no mercado. O Microsoft Teams já ultrapassa a marca de 270 milhões de usuários mensais.²⁷

O esforço das equipes é potente, já que não é muito fácil intermediar as interações, em especial pelo uso de idiomas distintos. Lindomar Darós relata que uma criança, Rodrigo, residente no Brasil, com longo histórico de abandono e cujos pais já tinham sido destituídos do poder familiar, encontrava-se apto à adoção. Por sua vez, um casal em conjugalidade homoafetiva, residente em Barcelona, habilitou-se para adotá-lo. Apenas um deles iniciou o estágio de convivência no Brasil, presencialmente. O outro pai foi apresentado ao filho através de videochamadas. Segundo o autor:

O ambiente online constituiu-se, assim, o dispositivo que viabilizou a interação diária entre Rodrigo e Xavier (um dos pais) com a mediação de Fabien (o outro pai) que sempre se fazia

26 Thiago Santos é pesquisador e consultor em segurança da informação. Integra o Grupo de Controle e Modelagem, da Universidade Federal de São João del-Rei, onde pesquisa criptografia baseada em caos. A autora realizou entrevista com Thiago Santos.

27 MCBRIDE, Sarah. Microsoft's Windows 10 reaches 270 million users, no mobile numbers. **Reuters**, 30 mar. 2016. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/ctech-us-microsoft-nadella-idCAKCN0WW21Q>.

presente, minimizando as dificuldades inerentes à comunicação entre aqueles que falam idiomas diferentes.²⁸

Em toda a preparação para a constituição da nova família, houve a participação de psicólogos e assistentes sociais, conforme indicado pela legislação. Os contatos iniciais entre as crianças e seus adotantes, pelos meios que a tecnologia oferece, são especialmente úteis para criar os laços de familiaridade e afetividade, que se consolidarão mais tarde em encontros presenciais e definitivamente no país de acolhida, o lar real do adotando. Outros recursos como o Whatsapp, Facebook, Instagram complementam o arsenal de mecanismos os quais a tecnologia disponibiliza para aproximar pessoas.²⁹

7. A PANDEMIA. BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS DA TECNOLOGIA

No início do ano de 2020, o mundo precisou separar as pessoas em função do grave quadro da descoberta de um vírus desconhecido. Inicialmente, as previsões eram bem otimistas, e imaginava-se que em pouco mais de 2 meses tudo voltaria ao normal. O mundo, então, surpreso e assustado, deparou-se com uma pandemia sem precedentes. Mas, entrando no 3º ano, apesar da descoberta de uma vacina imunizadora, ainda há apreensão e muitas das medidas profiláticas prosseguem recomendadas.

Os encontros presenciais entre postulantes à adoção, residentes no exterior e as crianças residentes no Brasil, foram suspensos nas CEJAs na medida em que as movimentações humanas foram proibidas por questões sanitárias.

Processos que estavam em curso, aguardando a vinda dos adotantes para o cumprimento do estágio legal, tiveram que ser adaptados, pois a presença dos adotantes em território brasileiro não poderia ocorrer. Mas as chamadas de vídeo, com ambas as partes se utilizando de meios tecnológicos, se mantiveram, auxiliando o contato. São ferramentas importantes que propiciaram a permanência das conversas, mesmo que virtualmente. Nessa fase, os meios eletrônicos foram cruciais para que não houvesse desistência ou desânimo nos procedimentos. Contatos transnacionais são deveras facilitados há algum tempo pelo uso salutar da internet.

Em um caso de adoção internacional, a Comissão Distrital Judiciária de Adoção do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (CDJA), um ano após o início da pandemia, recomeçou os processos de adoção. Através de seus técnicos, relatou que dentre os vários desafios que tiveram que enfrentar, a pre-

28 DARÓS, L. E. S. **Adoção Judicial de filhas e/ou filhos em conjugalidades LGBTTIQ**. Rupturas com a heteronormatividade. Curitiba: Appris editora, 2021 p. 285.

29 DARÓS, op. cit., p. 285.

paração para os contatos foi bastante trabalhosa. Precisaram da colaboração da equipe da casa de acolhimento onde estavam as crianças a fim de usar os meios eletrônicos de forma adequada, uma vez que as visitas dos adotantes precisaram ser mais escassas. As crianças, dois irmãos de 10 e 12 anos, previamente preparados, com o suporte das equipes, puderam usar as ferramentas tecnológicas para uma maior e mais rápida aproximação, por meio de videoconferências. A partir da decisão judicial, viajaram para a Itália com sua nova família.³⁰ Apesar de fornecer subsídios relevantes no que concerne aos contatos nas adoções internacionais, os mesmos instrumentos que auxiliam e consolidam as relações, precisam ser utilizados com o maior cuidado e cautela.³¹

O universo da internet, que criou um novo mundo e absolutamente definitivo, pode também ser um algoz pernicioso. Por mais que se apliquem mecanismos de proteção dos dados pessoais, fotos, informações bancárias, interesses, tudo pode ser exposto através de utilização de artifícios ainda não detectáveis.

Cotidianamente, toma-se conhecimento de informações pessoais vazadas nas redes sociais, com os mais diversos intentos, sejam espúrios ou simplesmente proposítivos e supérfluos.

No que tange ao desvelo de informações que se referem a crianças e adolescentes, esse deve ser o mais abrangente possível. Nenhuma negligência é aceitável pois a imagem dessas pessoas, vulneráveis por sua idade ou condição, pode levar a prejuízos inadmissíveis e permanentes.

Fabrizio Polido explica que: “Nesse sentido, três grandes perigos para o *rule of law* emergem: novas tecnologias permitem não só a completa vigilância de dados, como também promovem um grau de dependência relevante (aumento da oxitocina), além da configuração algorítmica permitir a manipulação de emoções.” O autor elucida que pode haver uma completa dissociação entre personalidade e identidade dos corpos e apropriação predatória e destrutiva de informações relativas a esses corpos por empresas, governos e organizações.³²

30 Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2021/setembro/cdja-conclui-primeira-adocao-internacional-na-pandemia>

31 Fabrizio Polido destaca que “A expansão global da Covid-19 trouxe consigo outras preocupações para além da saúde pública e uma delas relaciona-se com a segurança cibernética em períodos de vulnerabilidade. Governos, órgãos legislativos e judiciários, empresas de Internet, sociedade civil e academia têm respondido de distintas formas e velocidades enquanto ataques cibernéticos e criminalidade nas redes se sofisticam em curto período de tempo.” POLIDO, Fabrizio B. P. Tecnologias e Direitos Humanos na expansão global da Covid-19. In: ALBERTINI, Maria de Lourdes; CANEDO, Carlos Augusto; LAŠMAR, Jorge; e POLIDO, Fabrizio B. (Org.). **Abordagens contemporâneas em direito internacional**. 1ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020. p. 168.

32 MEYER, Emílio P. N.; POLIDO, Fabrizio B. P. Direito, democracia & internet e suas interações constitucionais e comparadas: uma introdução. In: MEYER, Emílio P. N.; POLIDO, Fabrizio B. P.; TRIVELLATO, Márcia C. S. (Org.). **Direito, democracia & internet: perspectivas constitucionais e comparadas**. 1ª ed. Série Sociedade, Direito e Justiça: volume 5, Memória do programa DINTER UFMG/ UNIFAP. Belo Horizonte: Inítia Via Editora, 2021 p. 31.

Já se afirma que foi criado um sexto continente, conhecido como internet. Fora de fronteiras físicas, sem governança, onde as regras são ditadas por quem manipula melhor as informações, produzindo tanto vantagens imensuráveis quanto ameaças desmedidas. Com o bônus do uso de tecnologia moderna e eficiente vem o ônus da vigilância constante, em especial quando ficam mais vulneráveis ainda quem já o é: crianças e adolescentes. A interceptação das mensagens, as fotos das crianças, sua localização, nada disso é impossível. Isso é sabido. Há uma preocupação, sem dúvida, real. A segurança cibernética sofre constantemente ataques em dimensões de difícil controle. Tem-se o melhor e o pior do mundo moderno em um único espaço, as plataformas digitais. Nesse cenário, é absolutamente prioritário que os Estados invistam permanentemente em instrumentos de controle de segurança cibernética.

Na mesma medida em que as videoconferências efetuadas entre adotantes com residência habitual fora do Brasil e adotandos aqui residentes são de imenso auxílio para facilitar a conexão, as medidas de controle do que está sendo exposto também devem primar pela eficácia.

8. CONCLUSÃO

A adoção internacional, uma das vertentes de cooperação entre países, envolvendo adotantes e adotandos com residência habitual em territórios de Estados diversos, tem proporcionado a crianças e adolescentes a chance real de encontrarem a família que merecem.

As autoridades encarregadas dos procedimentos devem se munir de todos os cuidados e cautelas a fim de que segurança e efetividade permeiem todas as etapas do processo, garantindo um deslinde favorável, sempre almejando o superior interesse da criança e do adolescente.

As equipes técnicas que atuam no encadeamento da questão entendem que a adoção internacional é um processo que exige muito das partes, das autoridades, dos especialistas e, portanto, faz-se necessário haver o respaldo legislativo das ações, que devem seguir rigidamente as normativas que regulam o instituto.

À vista disso, a verificação de todos os requisitos para que uma adoção internacional seja deferida pelo Juiz da Infância e da Juventude, não pode ser ignorada.

Assim, o cumprimento do estágio de convivência realizado em território brasileiro requer preparação dos envolvidos, servindo como ponte entre os afetos e personalidades. Para auxiliar esse contato, os meios digitais são excelentes instrumentos para o objetivo a alcançar. Videoconferências, presença em redes sociais, chamadas telefônicas com tela, por ambas as partes, são de grande utilida-

de para que se iniciem os contatos, antes de acontecer a vinda dos adotantes para conhecer seus futuros filhos, presencialmente.

Da mesma forma que se reconhece a imensa gama de vantagens que o mundo virtual oferece, também se constatam os riscos que trazem, caso utilizados com artifícios ilícitos. Tais mecanismos, dotados de atributos incalculáveis, são o presente e o futuro. Tudo indica que sua evolução não vai se interromper, pois sempre haverá uma habilidade nova a ser explorada. No caso da adoção internacional tem sido muito útil, como modalidade de interações prazerosas entre as famílias e as crianças.

Dessa forma, pesquisar a utilização de instrumentos digitais apresentados à sociedade todos os momentos, que possam ultrapassar barreiras territoriais, congregando indivíduos, não se pode obstar. A pesquisa é a mais eficaz maneira de mostrar a utilidade dos recursos existentes e preparar caminho para a inserção dos novos.



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br/

O presente livro apresenta interessante discussão acerca de temas de Direito Internacional Privado, mais especificamente relacionados à resolução dos litígios internacionais com as contribuições de ferramentas digitais. Os coautores são originários de diversos países ibero-americanos, permitindo assim uma análise comparada dos assuntos tratados.



ISBN 978-655908673-3



9

786559

086733

+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA