# VIEJAS Y NUEVAS ESTRATEGIAS CODIFICADORAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INTERAMERICANO

*Ruben B. Santos Belandro* (1)

## UNA PRIMERA NOCIÓN DEL VOCABLO CODIFICACIÓN

1. Todos tenemos arraigado en lo profundo de nuestra formación jurídica una idea más o menos precisa acerca del significado de la palabra codificación. Desde el Código Civil francés de 1804 la técnica de la codificación de prácticamente todas las ramas del derecho se ha expandido con una fuerza tal que no hubo país que se preciare de moderno y de adelantado, no hubo rama del derecho que buscara su sistematización y su reconocimiento general, si no había llegado aún al estadio de la codificación.

   Entre los imperativos fundamentales que buscó satisfacer la codificación estuvieron: una necesidad de coherencia en el campo jurídico, una necesidad de síntesis o simplificación, y una aspiración de permanencia o estabilidad.

   *a)* *una necesidad de coherencia de las diferentes partes de un sistema jurídico:* la codificación fue una obra de reagrupamiento, de consolidación conveniente de una serie de principios y una tarea de sistematizar un conjunto hasta entonces dispar. El paradigma de la codificación que fue el Código Civil francés tuvo como objetivo primordial la derogación de 700 costumbres vigentes en Francia en provecho de un solo y nuevo texto sistematizado.

   *b)* *una necesidad de síntesis o simplificación de las reglas de derecho:* ante la complejidad y disparidad del fenómeno consuetudinario y jurisprudencial, en el s. XIX la elaboración de una codificación asentada en la razón permitía presentar reglas de una simplicidad y de una claridad tales, que convencía a la mayoría de los prácticos en la conveniencia de su adopción. Iba de suyo que el nuevo texto no debía ser tocado con modificaciones asiduas ni mancillado con comentarios y dudas acerca del real alcance y del sentido de las disposiciones que contenía. Siempre recordamos al respecto, la reacción de Napoleón cuando ante la aparición del *Análisis razonado del Código Civil* de Maleville –primer examen crítico de dicho Código- exclamaba con desesperación: *¡Mon Code est perdu!*

---

(1) Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República, Montevideo, y en la Regional Norte con sede en la ciudad de Salto, Uruguay. Este artículo ha sido presentado para integrar el *Liber amicorum Friedrich Jüenger,* a publicarse en Italia.

c) *una necesidad de permanencia y de estabilidad:* codificar es esencialmente reagrupar reglas del mismo orden, del mismo tipo, aquellas que tengan raíces comunes, para unirlas en una fórmula que les asegure una cierta permanencia. El Código Civil de Uruguay, por ejemplo, data de 1868. La vida útil de las grandes codificaciones muestra bien este deseo de permanencia, como también la dificultad extraordinaria que tienen en la actualidad los juristas para "rehacer" un Código. Muchas veces se siente que modificar un artículo de un Código equivale a quitarle un pilar básico a un edificio.

2. Pero si estos hubieran sido los únicos objetivos de la codificación probablemente no hubiera habido tanta polémica en su entorno. En realidad, la tarea codificadora, supo dar más frutos que los provenientes de una moda del momento. Porque, además del perfeccionamiento en la formulación de la regla jurídica, la codificación persiguió también, y de un modo bastante perceptible, objetivos políticos y sociales: la unificación política de un país, la centralización del ejercicio del poder en el Estado moderno, la jerarquización y centralización en la producción del derecho y, en última instancia, la consolidación del cuerpo social en cuanto un todo uniforme. En esa etapa la tarea de codificar fue la obra exclusiva del legislador, sobre su espalda recayó enteramente esta pesada responsabilidad. Podríamos afirmar, entonces, que la época cumbre de la codificación marcó también el apogeo de la figura del legislador, tanto interno como internacional. El legislador fue la figura descollante y el centro obligado de todo proceso de sistematización jurídica.

## AMÉRICA LATINA, CAMPO PROPICIO PARA LA CODIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

3. América Latina no fue ajena a todo este proceso, especialmente en el campo del derecho internacional privado. El hecho de haber emergido a la vida política como consecuencia de la caída de dos coronas -la lusitana y la española- llevó a muchos a la convicción que el origen común y la identidad cultural volvía propicia la idea de pensar en un espacio jurídico y político de orden regional. No vamos aquí a profundizar en las ideas de Francisco de Miranda y de Simón Bolívar al respecto, ni tampoco acerca de la primera experiencia codificadora de las normas de derecho internacional privado llevada a cabo en Perú, en el año 1878, bajo la influencia del francés Pradier Foderé. Por el contrario, nos parece conveniente realzar la tarea que emprendieron Argentina y Uruguay, convocando en forma simultánea, aunque separada, a los países hermanos (2) para redactar, en un Congreso Jurídico Internacional Sudamericano, las normas referidas al derecho internacional privado. Se sabe que esta convocatoria obedeció a un espíritu de reacción de los delegados rioplatenses ante la propuesta realizada en Lima, de regular el estatuto personal según el criterio de la nacionalidad. El uruguayo Gonzalo Ramírez, Embajador Plenipotenciario ante la República Argentina, preocupado por la conformación de nues-

(2) Los países invitados fueron: Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela.

tros países con un altísimo número de extranjeros –se calcula que en Uruguay, en algunos momentos se acercó al 70% de la población total- se sintió compelido a sugerir la elaboración de otras bases, diferentes a las de 1878. Es así que se entrevista con el entonces Embajador Plenipotenciario de la República Argentina en Uruguay, Roque Sáenz Peña y con quien ejercía en dicho momento la titularidad del Poder Ejecutivo argentino: Don Miguel Juárez Celman, los cuales acogieron y aceptaron prestamente la idea de la convocatoria. El Primer Congreso Sudamericano comienza sus tareas en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y las finaliza en 1889 -con la presencia de los delegados argentinos Manuel Quintana y Roque Sáenz Peña, quienes con posterioridad iban a ser presidentes de su país- fruto del cual emergen 9 Tratados que versan sobre: derecho civil internacional, comercial internacional, procesal internacional, penal internacional, propiedad literaria y artística, marcas de comercio y de fábrica, patentes de invención, ejercicio de profesiones liberales y un Protocolo Adicional que oficiaba como nexo teórico general a todo el sistema.

4. A pesar de tantos años como profesor en la materia debemos confesar que todavía conservamos muy fresco, un sentimiento de sorpresa y de admiración hacia aquellos legisladores convencionales de fines del siglo XIX. Porque, cuando en ningún lugar del mundo se habían elaborado todavía textos convencionales multilaterales de derecho internacional privado, esta región platense emergió con una fuerza y una coherencia de objetivos y de métodos absolutamente desconocida para la época, levantando un monumento legislativo de tal perfección, que aun a pesar de haber transcurrido más de un siglo, esa obra ciclópea, exhaustiva y radical, goza todavía de buena salud.

   Para Uruguay el beneficio de contar con un sistema de reglas de derecho internacional privado fue más allá de la simple regulación de los tópicos de nuestra disciplina, como por ejemplo: del divorcio, del régimen de bienes en el matrimonio, de las sucesiones, etc. Sin ánimo de exagerar, los Tratados de Montevideo de 1889 fueron uno de los pilares fundamentales, básicos en la construcción de nuestro país como nación. Es que Uruguay no emergió a la vida política independiente debido a la simple fractura del régimen monárquico español. Nuestro país transitó en forma previa por un largo camino de desencuentros con el centralismo de la ciudad de Buenos Aires la cual aspiraba a continuar con su *status* de capital virreinal en perjuicio de un proyecto de corte federalista. Recién cuando el relacionamiento se torna insostenible comienza el proyecto independentista que culmina en el año 1830. Por ese motivo podemos decir que Uruguay fue primero Estado antes que nación, surgió un Estado sin uruguayos -propiamente hablando- en cuanto sus pobladores se sentían en el primer momento, simplemente como los orientales, o sea, aquellos que habitaban la margen oriental del río Uruguay (3).

5. ¿Por qué esa fuerza tan grande adjudicada a los Tratados de Montevideo? ¿Por qué Uruguay se ha sentido consustanciado con sus principios transformándose en el guardián de una concepción que todos convenimos en considerar demasiado ortodoxa y dotada de un perfil marcadamente dogmático?

(3) Santos Belandro, Ruben. *Las nociones de sociedad internacional y Estado: dos claves para ingresar al derecho internacional privado uruguayo.* En Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. *Liber Amicorum Jürgen Samtleben.* Max – Planck Institut. Montevideo. 2002. p. 207 y ss.

Los motivos son varios. El más importante: porque los Tratados de Montevideo se asientan en una concepción doctrinaria según la cual el derecho internacional privado se dirigía en primera instancia a los Estados, con la finalidad de resolver el conflicto de soberanías originada en el hecho de que la relación jurídica privada internacional se encontraba conectada con varios ordenamientos jurídicos estatales.

Y que el método a utilizar para destrabarlo era la regla resolutoria de un conflicto de leyes y de jurisdicciones, o sea, la regla indirecta, cuyo cometido era adjudicarle al Estado más afectado por el decurso de esa relación jurídica, su regulación entera. Según Gonzalo Ramírez, todo estribaba en descubrir para cada categoría de derecho privado, cuál era el ordenamiento jurídico estatal más afectado. De esta manera se podría plantear una regla única, de vigencia universal, elaborada científicamente, por cuanto se partía de conceptos objetivos y se procedía con una total honestidad al ubicar a la ley del foro y a la ley extranjera sobre un mismo nivel de posibilidades de actuación.

6. La escuela uruguaya pensó que estos principios racionales, apriorísticos, objetivamente determinados, una vez proclamados, podían regir para siempre. Que iban a estar tocados por la varita de intangibilidad en cuanto se presumía que eran simples reglas procesales de distribución de competencias, y que por ello, no iban a resultar mancillados por una regulación sustantiva de las relaciones, siempre cambiante de país a país. Si la relación iba a estar bien o mal regulada por el derecho sustantivo designado por la regla de conflicto eso era un tema que no se consideraba propio del derecho internacional privado, el cual actuaba como un derecho sobre el derecho, como un *jus supra jura.*

7. Esta doctrina adolece de un primer error evidente: la regla que resuelve un conflicto de leyes se encuentra también dotada de sustantividad por cuanto para trazar los límites de una categoría, como por ejemplo el matrimonio, debemos saber qué se entiende por matrimonio en todos los Estados Parte. Y para determinar el punto de contacto que nos conduce al derecho seleccionado, como lo es el del domicilio, debemos saber qué se entiende por tal. Entonces, si cada Estado Parte piensa diferente, si para unos sólo vale el matrimonio religioso, si para otros sólo es válido el matrimonio ante un oficial del Registro de Estado Civil, o para otros -como en Bolivia, Guatemala, etc.- también comprende a la unión informal de la pareja de distinto sexo en reconocimiento de prácticas indígenas como el *tantanacu* o el *sirvinacu* o el juramento ante el Justo Juez; o aún más, el matrimonio no ya heterosexual sino homosexual holandés, entonces es a todas luces imposible que la regla de conflicto pueda llegar a tener vigencia, no ya universal, ni siquiera regional. Lo mismo ocurre en los puntos de conexión fuera de los fácticos. Si cada país piensa diferente del domicilio: para algunos Estados es la residencia con ánimo de permanecer, para otros la residencia habitual y para otros la simple residencia sin calificativo alguno, seguramente que la regla de conflicto nos enviará a diferentes destinos, lo que equivale decir a distintos derechos aplicables, de acuerdo con la definición que cada país utilice.

8. El otro error importante, fue considerar que el cometido del derecho internacional privado era resolver un conflicto de soberanías y que la regla de conflicto tenía por misión indicarnos el Estado cuya soberanía resultaba más afectada con la finalidad de habilitarlo, darle títulos internacionalmente reconocidos, para regular íntegramente a la relación.

No obstante, la soberanía en sí misma no nos indica nada, en tanto todos los Estados tienen -por lo menos en teoría- la misma medida de soberanía. Teóricamente hablando no hay países más o menos soberanos, pero sí países más o menos afectados por el tráfico extraterritorial de la relación de derecho privado. Afectación que puede ser jurídica, política, económica y aún moral.

De todos modos, como decíamos, a Uruguay la factura de los Tratados de Montevideo le proporcionó una gran utilidad, en cuanto le permitió tratar de igual a igual a los Estados de la región y a todos los demás ubicados más allá de la misma; ya que todos los Estados eran soberanos y se debían mutuo respeto. No importaba entonces, la calidad de país pequeño o mayúsculo en tamaño, tampoco interesaba el hecho de ser un país débil o un país fuerte, económica o políticamente. A todos se les iba a repartir la regulación de las relaciones privadas internacionales según un criterio aséptico, objetivo e intachable. Como en la cita bíblica a todos les iba a tocar lo que era suyo en el reparto de los panes y de los peces (Mateo 14.20).

## LA ADOPCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA PARA CODIFICAR

9. Sin embargo, esta forma de codificar no es la que hoy se nos presenta como un paradigma a imitar. En nuestros días, el legislador, a diferencia de aquel que vivía en el s. XIX, debe reaccionar con mayor rapidez ante las situaciones de crisis. La estabilidad en el tiempo no es fácil de obtener debido a que una regla no la adquiere únicamente en función de su contenido sino también de factores exteriores al derecho mismo, factores donde a veces resulta difícil prever su impacto sobre el derecho y, por lo tanto, torna imposible el planteo de criterios absolutos.

   La utilización de la técnica de la codificación concebida como una obra de reagrupamiento, de síntesis, de coherencia y de permanencia aparece hoy día, como una tarea muy difícil de llevar a cabo en razón de la dispersión de las reglas jurídicas. Para que se produzca la labor de reagrupamiento se hace necesaria la presencia de conceptos con un alcance general y dotados de una cierta estabilidad. Ocurre, sin embargo, que una regla sólo será estable en cuanto se aplique a un mundo o a una sociedad estable. Soñar en plantear nuevamente reglas de derecho internacional privado que tengan vigencia por más de un siglo, en la actualidad aparece como un ataque al buen sentido.

   Frente a las amenazas de una inflación legislativa permanente, tampoco la codificación de la hora presente puede llegar a constituir una obra de síntesis. Y aún cuando lo lograra, creemos que una codificación moderna no puede permitirse el lujo del inmovilismo, en nuestra época sería peligroso querer reeditar la proeza de los legisladores del s. XIX.

10. ¿Es que puede pensarse otro modo de codificar? En la actualidad, cada vez más especialistas están convencidos de que quien dice codificación no necesariamente está proclamando invariabilidad, inmutabilidad, fijeza o aún esclerosis del derecho. Si bien un Código debe estar dotado de una cierta estabilidad también tiene que contar con los instrumentos necesarios para adaptarse a los cambios económicos y sociales. La posibilidad de una revisión de la codificación debe ser pensada como una tarea permanente y

contínua. Entendida de esta forma la codificación del derecho internacional privado puede llegar a tener mucho porvenir.

Para transitar por este camino el legislador ha abandonado deliberadamente las luces del escenario de la formulación del derecho. En cierta medida, debido a la percepción de su imposibilidad de llevar a cabo una tarea plena en ese sentido. Y, además, a tomar en cuenta la extrema variabilidad que experimenta su entorno lo ha volcado, por ejemplo, a la formulación de normas de textura abierta, cuya redacción no está totalmente acabada sino que delega en otras personas la continuación de la tarea legislativa; a utilizar conceptos fluidos; a admitir la derogación de soluciones comunes y generales ante situaciones de urgencia; a proponer la defensa de valores pero negándose a definirlos; a utilizar normas narrativas en un número cada vez más abundante de casos, donde la prescripción está ausente, y donde aparece con toda su evidencia la confesión implícita de la impotencia que tiene de legislar de un modo apriorístico, etc.

Debemos convenir que se vuelve necesario adaptarse a una realidad siempre cambiante y a veces hasta sorpresiva. Pero, para que esa labor de adaptación contínua de la normativa no se abandone en cualquier momento y para que dé sus frutos, se vuelve indispensable hacer ingresar a otro actor en la escena jurídica: *al juez*. En la actualidad le resulta totalmente imposible al legislador asumir bajo su entera responsabilidad el proceso de una codificación. Por lo tanto debe recurrir al magistrado, que se ha convertido en una especie de *alter ego* de los legisladores, tanto convencionales como nacionales. Su misión como aplicador mecánico del derecho aparece hoy superada. En sustitución su misión aparece enormemente diversificada, en cuanto cada vez resulta más involucrado en el cometido de adaptar el derecho al caso concreto, en la utilización simultánea de varios métodos regulatorios, en la búsqueda del mejor derecho y en una tarea de coordinación que debe llevar a cabo respecto de reglas provenientes de fuentes diferentes y que deben aplicarse en forma simultánea al caso con elementos de extranjería. Algún juez norteamericano lo ha comparado a ingenieros sociales.

11. Por ese motivo a partir de enero de 1975 se consagró una nueva estrategia codificadora en el continente (4). En dicha fecha, bajo los auspicios de la O.E.A. se reunió la primera Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado en la ciu-

(4) Los estudios sobre la codificación regional son incontables. A título de guía señalaremos los siguientes: Bogdanovski de Maekelt, Tatiana. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.* Revista de Derecho Privado. 1984. 1. p. 223. Ibidem. *General rules of private international law in the Americas. New approach.* 177. Recueil de Cours. 1982. IV. P. 193. Ibidem. *Evolución del derecho internacional privado interamericano.* Octavo Curso de Derecho Internacional. O.E.A. 1982. p. 321. Boggiano, Antonio. *Del viejo al nuevo derecho internacional privado. Mediante la cooperación de las organizaciones internacionales.* Buenos Aires. 1981. Borba Casella, Paulo. *Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito – o Brasil e as Convenções Interamericanas de direito internacional privado.* En Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPS) e o Direito brasileiro. São Paulo. 1998. p. 77. Briceño Berrú, José Enrique. *Reflexiones sobre la codificación del derecho internacional privado en América Latina.* Studi in onore di Mario Giuliano. Milano. 1989. p. 157. Ibidem. *Las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Civil y Procesal Civil.* Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale. 1982. p. 27. Ibidem. *Las Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado de 1984.* Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale. 1987. p. 429. Dolinger, Jacob. *The Bustamante Code and the Inter-american Conventions in the bazilian system or private international law.* En Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max-Planck-Institut. Montevideo. 2002. p. 133. Fernández Arroyo, Diego P. *¿Qué C.I.D.I.P. para cuál América?* En Avances del derecho internacional Privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Max-Planck-Institut. Montevideo. 2002. p. 31.Garro, Alejandro M. *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades.* En Direito e comércio internacional. Tendências e perspectivas. Estudos em homenagem a Irineu Strenger. Saopaulo. 1994. p. 507. Goldschmidt, Werner. *Un logro americano en el campo convencional del derecho internacional privado.* En El

dad de Panamá -o C.I.D.I.P.- donde se abandonó en forma oficial la técnica de redactar grandes códigos omnicomprensivos para sustituirlos por acuerdos internacionales de carácter específico encargados de regular una categoría en particular o algunos aspectos de la misma (5).

Ese enfoque ha perdurado hasta el día de hoy y desde esa fecha se han celebrado 6 Conferencias: la 1ª en Panamá en 1975, la 2ª en Montevideo en 1979, la 3ª en La Paz Bolivia en 1984, la 4ª nuevamente en Montevideo en 1989 -en homenaje al centenario de los Tratados del mismo nombre- la 5ª en México en 1994, y la 6ª en el mes de marzo de 2002 en Washington.

Fruto de esas 6 Conferencias lo constituye la aprobación de 24 Convenciones y una Ley Modelo. Sus tópicos son variados. En el campo del derecho civil y comercial hacen referencia a la determinación del domicilio de las personas físicas, a la actuación extraterritorial de las personas jurídicas y de las sociedades mercantiles, a la adopción internacional de menores, a su restitución internacional, al tráfico de niños, a la protección a otorgar al reclamante en materia de prestaciones alimentarias, al régimen de los poderes provenientes del extranjero, al derecho aplicable a los contratos internacionales, a la regulación de las letras de cambio y cheques de circulación internacional, al arbitraje comercial internacional. También se han establecido normas procesales sobre bases de competencia indirecta, sobre la eficacia de la sentencia y laudos arbitrales extranjeros, sobre exhortos y cartas rogatorias, sobre medidas cautelares y sobre recepción de pruebas en el extranjero.

---

S.O.S. del derecho internacional privado y otros ensayos. Buenos Aires. 1979. p. 101. Juenger, Friedrich K. *General Course on private international law.* 193. Recueil de Cours. 1985. IV. P. 119. Ibidem *Principios, objetivos y métodos del derecho internacional privado. Balance y perspectivas en una década.* Cuartas Jornadas de Derecho Internacional. Madrid (Vicálvaro). 4 – 5 junio 1993. Separata. Parra Aranguren, Gonzalo. *Recent developments of conflict of laws Conventions in Latin America.* 146. Recueil de Cours. 1979. III. P. 55. Ibidem, *General Course of private international law. Selected problems.* 210. Recueil de Cours. 1988. III. P. 9. Pérezmieto Castro, Leonel. *La codificación interamericana en derecho internacional privado ¿es todavía una opción?* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado. 1996. p. 71. Separata. Ibidem. *Algunas consideraciones acerca del movimiento convencional latinoamericano sobre derecho internacional privado.* Anuario Mexicano de Relaciones Internacionales. UNAM. 1981. p. 449. Samtleben, Jürgen. *A codificaçao interamericana do direito internacional privado e o Brasil.* En Integraçao Jurídica Interamericana, as Convençoes Interamericanas de direito internacional privado (C.I.D.I.P.s) e o direito brasileiro. Sao Paulo. 1998. p. 25. Ibidem. *Los resultados de la labor codificadora de la C.I.D.I.P. desde la perspectiva europea.* En España y la codificación internacional de Derecho Internacional Privado. Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado. San Lorenzo de El Escorial. 13 – 14 diciembre 1991. 1993. p. 295. Santos Belandro, Ruben. *La C.I.D.I.P. o la búsqueda de un orden jurídico inteligible.* Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho. Montevideo. No. 6. p.52. Ibidem. *¿Continúan vigentes el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 ante la labor de la C.I.D.I.P.?* En Integraçao Jurídica Interamericana, as Convençoes Interamericanas de Direito Internacional Privado (C.I.D.I.P.s) e o direito Brasileiro. Sao Paulo. 1998. p. 117. También en Revista de Informaçao Legislativa. Brasilia. A.26 n. 103. jul/set.1989 y en Revista Jurídica Estudiantil. Montevideo. Set. 1989. Siqueiros, José Luis. *El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado.* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado. 1996. p. 33. Separata. Ibidem. *La codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional privado en América.* En Obra Jurídica Mexicana. Procuraduría General de la República. México. 1987. p. 3. Sosa, Gualberto Lucas. *El derecho internacional privado interamericano y el derecho de la integración (C.I.D.I.P. V. México. 1994).* Santa Fe. Argentina. 1996. Valladao, Haroldo Texeira de. *O direito internacional privado interamericano. Pionerismo e actualizaçao.* Anuario Jurídico Interamericano. O.E.A. 1979. p. 131. Ibidem. *O desenvolvimento do direito internacional privado na legislaçao dos Estados americanos.* Río de Janeiro. 1947, y en Recueil de Cours. 1953. Vieira, Manuel A. *La codificación del derecho internacional privado en el continente americano antes y después de Panamá.* 5. Anuario Hispanolusoamericano de Derecho Internacional. 1979. p. 261. Villela, Ana María. *L'unification du droit international privé en Amérique Latine.* Revue Critique de Droit International Privé. 1984. p. 233.

(5) Santos Belandro, Ruben. *La C.I.D.I.P. o la búsqueda de un orden jurídico inteligible.* Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho. No. 6. p. 52.

12. La C.I.D.I.P. no es la única fuente de producción de normas de derecho internacional privado en la región. También ha surgido una fuente relativamente reciente como es aquella originada en los procesos de integración económica a través de la Comunidad Andina, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte o NAFTA, del MERCOSUR, etc. En cuanto al MERCOSUR las normas relativas al derecho internacional privado clásico se ubican sobretodo, en el campo del derecho procesal con 8 Acuerdos: el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurídica en materia civil, comercial, laboral y administrativa y su Acuerdo complementario; el Protocolo sobre medidas cautelares y su Acuerdo complementario; el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción en materia contractual; el Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR; el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del MERCOSUR, y el reciente Acuerdo de Olivos sobre resolución de litigios. Cuenta además, con abundantes normas sustantivas relacionadas con la regulación de las inversiones, el derecho a una sana competencia, los mercados de valores, sobre transporte, y normas de derecho penal, etc. Todo sabemos que el MERCOSUR está pasando por momentos muy difíciles, básicamente originados por la devaluación del real ocurrida en febrero de 1999, lo que ocasionó una desarmonía y desigualdad competitiva que al no estar instrumentada colectivamente por los Estados Parte, produjo las severas consecuencias que estamos viviendo. Pero aún cuando el MERCOSUR dejare de existir –algo muy hipotético por cierto- igual permanecerán como una conquista definitivamente adquirida, todos estos Acuerdos y Protocolos que hemos citado.

## AVANCES EN LA CODIFICACIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

13. ¿Cuáles son los avances realizados en la codificación regional? Rara vez los juristas se dan cuenta de la amplitud de las mutaciones que van paulatinamente afectando al derecho internacional privado regional. No vamos a realizar un estudio censal sobre cuantas ratificaciones obtuvo tal Convención o tal Protocolo sino que nos parece más oportuno y provechoso extraer de toda esta enorme masa normativa sólo aquellos enfoques fundamentales y las nuevas formas de encarar a las relaciones privadas de tráfico externo. En ese sentido, desearíamos tocar los siguientes puntos:

   a) *una preocupante superpoblación de Tratados, Convenciones, Protocolos y leyes nacionales todos simultáneamente vigentes y a menudo contradictorios:* el número de Tratados, Convenios y leyes nacionales a consultar ha aumentado de un modo alarmante. Ante este fenómeno de inflación normativa se vuelve necesario la búsqueda de criterios para resolver los conflictos que puedan originarse entre todas esas normas, a la hora de buscar el derecho aplicable al caso jus internacional privatista;

   b) *un aumento de las fuentes de producción jurídica:* es posible observar también un aumento en el número de las fuentes de derecho internacional privado a tener en cuenta por el aplicador del derecho. En lo referido a la C.I.D.I.P. se acoge y reconoce la legitimidad de la aplicación de derechos de origen extraestatal para la solución

de los litigios lo que torna indispensable intentar formular una nueva jerarquización de todas las fuentes de producción jurídica;

c) *el reconocimiento de un pluralismo metodológico para una mejor regulación de las relaciones privadas internacionales:* la acogida del pluralismo metodológico es hoy una realidad indiscutible. Se ha abandonado parcialmente la regla de conflicto clásica para ir a la búsqueda de reglas más protectoras de los sujetos débiles: tales como el menor por su calidad de tal, o la defensa de su centro de vida ante la sustracción abrupta por parte de un familiar, o el menor expuesto en situación de peligro ante la falta de alimentos, o este menor cuando es objeto de un tráfico. También se ha intentado proteger los actos jurídicos por medio de la defensa, de principio, de la validez de las letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional mediante una actitud más laxa a la hora de evaluar el irrespeto de las exigencias de forma. Postura favorable que también se manifiesta en el ámbito de las formas contractuales. El reconocimiento de la posibilidad y licitud de la utilización de varios métodos en derecho internacional privado plantea también aquí, un problema de coordinación y/o de jerarquización de los métodos a utilizar por nuestra disciplina;

d) *una nueva visión de la imperatividad de los principios y de las normas jurídicas en el campo del derecho internacional privado:* de la mano de este nuevo enfoque metodológico, se perfila una definición y una utilización de la excepción de orden público internacional mucho más restringida que en el pasado. También es posible pensar en la posibilidad de que esté emergiendo un orden público auténticamente internacional. En el ámbito del derecho imperativo ya es una realidad el reconocimiento explícito a la posibilidad de recurrir a normas imperativas internas para aplicarlas en la escena internacional, o sea, a las llamadas leyes de policía o normas de aplicación inmediata. Y, por último, en el ámbito procesal internacional se constata

e) *el fortalecimiento de la cooperación interjurisdiccional mediante la consolidación de las Autoridades Centrales.*

## LOS CONFLICTOS ENTRE CONVENCIONES Y LEYES NACIONALES Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

### El conflicto entre una Convención y una ley nacional

14. En aquellos casos donde una ley nacional y una Convención o Tratado internacionales pueden aplicarse a un mismo caso y contienen soluciones incompatibles, los países de la región han resuelto dicho conflicto reconociendo la supremacía de la Convención o Tratado sobre la ley interna. El monismo internacional ha sido aceptado expresamente por el art. 1° de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*. En el mencionado artículo se establece que:

> *la determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su derecho interno.*

a) El artículo hace referencia claramente al conflicto que se produce entre una Convención internacional dotada de normas de conflicto –en cuanto alude a "situaciones vinculadas con derecho extranjero" y una ley nacional también enfocada desde el punto de vista de los conflictos de leyes –la última aseveración no permite otras interpretaciones: "en defecto de norma internacional los Estados Partes aplicarán las reglas conflictuales de su derecho interno"-.

b) Dada la evolución acelerada que ha tenido el derecho internacional privado hoy podemos afirmar que esta regla aprobada en 1979 luce demasiado restrictiva en cuanto jerarquiza las normas tomando en consideración únicamente la autoridad que las han dictado –estatal o interestatal- aquella de las cuales ellas emanan, y no toma en consideración además, el contenido de esas reglas, o los valores defendidos o regulados.

Por lo pronto, el mandato establecido en el art. 1° de la Convención que estamos comentando en tres situaciones. No rige, en primer lugar, en materia de adopción internacional de menores debido a que el art. 19° de la Convención Interamericana respectiva rechaza el monismo internacional basado en la autoridad que dictó la norma para privilegiar la defensa de un valor: la obtención de un hogar lo más prestamente posible al menor abandonado. Así el art. 19° mencionado dispone que

> *los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella, se interpretarán armónicamente y a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado*

c) Igualmente, el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre normas generales resulta avaro a la hora de proponer un marco jerárquico entre las fuentes de derecho internacional privado formales y las informales o espontáneas. Para encontrar una jerarquía trazada entre las dos fuentes citadas debemos recurrir a una Convención que no es interamericana, a la *Convención de las Naciones Unidas sobre Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías* que reconoce la primacía de los usos por sobre el texto convencional (6). El numeral 2 del art. 9° señala que

> *2. 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.*

d) Tampoco es de aplicación en el caso que el magistrado recurra a las leyes de policía o normas de aplicación inmediata, como veremos más adelante.

e) Y por último, deja en la penumbra las relaciones entre el derecho sustantivo y el derecho de los conflictos. Si la ley nacional es una ley sustantiva de derecho internacional privado, no puede aplicarse con preferencia a una regla de conflicto de origen

(6) Hernández – Bretón, Eugenio. *Usos no pactados: del Código de Comercio alemán (HGB) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 90. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1993. p. 111 y 113.

convencional en cuanto mantiene la calidad de "derecho extranjero" a que alude el art. 1°. Si la situación fuera a la inversa, y el Tratado internacional tuviera normas de derecho sustantivo de derecho internacional privado no habría conflicto de leyes por lo cual la ley nacional con un tenor conflictualista quedaría descartada.

Queda claro, entonces, que el art. 1° de la Convención bajo examen no tiene el carácter absoluto que se la ha querido dar. El principio que consagra sufre atenuaciones, matices y aún exclusiones por que, en ese sentido, los Estados Partes son libres de convenir otra cosa. De todos modos se impone una actualización del art. 1° para recoger las diversas posibilidades analizadas.

## El conflicto entre los Tratados de Montevideo de 1889 y el Código de Bustamante de 1928

15. El problema de los conflictos entre normas de derecho objetivo queda situado de un modo preferente en el campo convencional. La existencia de un conflicto de Convenciones implica que varios Tratados teniendo a la vez el mismo campo material y la misma aplicabilidad en el espacio, contienen normas primarias de derecho internacional privado inconciliables entre sí. La pregunta que cabe formular es: ¿continúan aplicándose: 1) los 9 Tratados de Montevideo de 1889 entre Argentina, Paraguay y Uruguay con Bolivia, Colombia y Perú; 2) los 8 Tratados de Montevideo de 1940 entre Argentina, Paraguay y Uruguay; 3) el Código Bustamante de 1928 que rige con desigual suerte entre 15 países americanos, 4) las 24 Convenciones emergentes de la C.I.D.I.P.; 5) aquellas disposiciones emergentes de los procesos de integración económica; 6) más un cúmulo indeterminado de Convenciones bilaterales desde ya excesivamente numeroso?

Teniendo en cuenta el número cada vez amplio de reglas a las que se puede acudir, este es un problema de máxima actualidad, tanto para el profesional del derecho como para el magistrado. La proliferación genera el trastorno de que cuanto más numerosas sean las Convenciones mayores serán los riesgos de conflicto. Que no sólo conduce a la pregunta acerca de cuál es la norma aplicable sino también que también puede favorecer que el magistrado, saturado con la presencia de tanta normativa, se adhiera a la línea del menor esfuerzo e ignore, de *motu propio* y caprichosamente, la aplicación de determinadas Convenciones eliminando así, *de facto,* el conflicto existente.

Los primeros conflictos entre Convenciones de derecho internacional privado de la región se presentaron cuando se aprobó el Código Bustamante de 1928 para aquellos países que ya habían ratificado los Tratados de Montevideo de 1889 y que manifestaban la voluntad de ratificar el mencionado Código, que eran, en realidad, dos: Bolivia y Perú. No obstante la novedad del fenómeno, los dos solucionaron dicho conflicto de la misma manera. Bolivia, manifestó al momento de ratificar el Código Bustamante que aprobaba dicho Código bajo la reserva de aquellos artículos que se encontraren en desacuerdo con la legislación boliviana y los Tratados internacionales suscritos por Bolivia. Idéntica posición adoptó Perú mediante una decisión de la Corte Suprema de 7 de diciembre de 1935 en el denominado caso "González".

## El conflicto entre Convenciones de la C.I.D.I.P. y entre éstas y otros Tratados

16. El problema se agudizó con la aprobación de un número cada vez más numeroso de Convenciones dentro de las denominadas C.I.D.I.P. (7). Si bien tenemos un artículo de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* -el artículo 9°- el cual indica que

> *en caso de aplicación concurrente de leyes de diversos Estados a una misma relación jurídica, éstas deberán aplicarse armónicamente tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones*

resuelve de esta manera la disonancia entre dos leyes simultáneamente aplicables pero no da una solución cuando el conflicto se plantea entre normas supranacionales.

Cualquier observador desprevenido podría suponer que en este último caso se habrá de aplicar, lisa y llanamente, el criterio *lex posterior derogat priori,* recurriendo en su apoyo al art. 30° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 -que entró en vigor el 17 de enero de 1980 con el depósito del 35 instrumento de ratificación- si los Estados Partes no han acordado alguna solución expresa.

> *2. Cuando un Tratado especifique que está subordinado a un Tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro Tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.*
>
> *3. Cuando todas las Partes en el Tratado anterior sean también Partes en el Tratado posterior, pero el Tratado anterior no queda terminado ni su aplicación aparece suspendida conforme al art. 59°, el Tratado anterior se aplicará únicamente en la medida que sus disposiciones sean incompatibles con las del Tratado posterior.*

El art. 59° establece que

> *1. Se considerará que un Tratado ha terminado si todas las partes en él, celebran ulteriormente un Tratado sobre la misma materia*

De acuerdo a este artículo, entonces, únicamente quedarán subsistentes aquellas normas del Tratado anterior que, o bien son compatibles con el Tratado posterior, o bien no han sido reguladas por este último (9). Convenciones de la C.I.D.I.P. y 2 Protocolos Adicionales se encuentran en la situación de aplicar el criterio de la *lex posterior derogat priori*, que versan sobre: domicilio, sociedades mercantiles, personas jurídicas, adopción, cheques y eficacia extraterritorial de las sentencias, que desplazarían sobre dichos temas –y bajo las condiciones mencionadas- a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y al Código Bustamante de 1928. Este criterio cronológico sufre atenuaciones: en primer lugar en cuanto la voluntad de los Estados contratantes puede resolver otra cosa. En segundo lugar, la referencia a "la misma materia" a que alude el art. 59°, los trabajos preparatorios señalan que la regla *lex posterior* únicamente se debe aplicar a aquellos

(7) Santos Belandro, Ruben. *¿Continúan vigentes el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 ante la labor de las C.I.D.I.P.?* En Integraçao Jurídica Interamericana, as Convençoes Interamericanas de Direito Internacional Privado (C.I.D.I.P.s) e o direito brasileiro. Sao Paulo. 1998. p. 117. Ibidem en Revista de Informaçao Legislativa, Brasilia (a.26 No. 103, jul/set. 1989). Ibidem en Revista Jurídica Estudiantil. Montevideo. (set. 1989).

Tratados que tengan un grado idéntico de generalidad en cuanto a su objeto. Debemos excluirlo cuando uno de los instrumentos tiene un carácter más especial en relación con el otro (*generalia per specialibus no derogant*). Por tanto, la primacía es acordada al Tratado especial, salvo voluntad expresa o implícitamente acordada por las Partes Contratantes en el Tratado más reciente.

**Soluciones aportadas por las propias Convenciones: las cláusulas de compatibilidad**

17. Como hemos señalado, el criterio de la *lex posterior* rige únicamente cuando los Estados ratificantes de dos normas supranacionales no han acordado otra cosa para solucionar el conflicto entre éstas. Por ejemplo la inclusión en las propias Convenciones de cláusulas de compatibilidad. Esta cláusula apunta a permitir la coexistencia de varias Convenciones emergentes de organismos internacionales con distinta vocación regional o universal.

¿Por qué hay tanta profusión de cláusulas de compatibilidad dentro de las Convenciones de la C.I.D.I.P.? Los dos países del Río de la Plata -Uruguay, a través de su delegado el Prof. González Lapeyre, y Argentina, por intermedio de su delegado Naveiro de la Serna- consideraron que era posible que la obra codificadora comenzada al amparo de la O.E.A. en el año 1975 pudiera no continuar, sobretodo por inconvenientes de orden económico o por falta de voluntad política. Enfrentados a esa eventualidad ambas delegaciones consideraron que la armonía que guardaban los Tratados de Montevideo no podía verse alterada por Convenciones creadas para resolver aspectos puntuales. Por ese motivo se ideó la inclusión de este tipo de cláusulas que solucionaban, de alguna manera, los conflictos entre Convenciones que se pudieran suscitar. Ellas son de una gran variedad, tanto en su contenido como en su alcance.

a) Existen las *cláusulas de compatibilidad permisivas:* así llamadas porque ceden el paso o permiten la aplicación de otras Convenciones. Algunas ceden el paso a cualquier Convención con el mismo objeto, anterior o posterior. Otras ceden el paso a una Convención específica, previamente determinada. En ambos casos, la presencia de estas cláusulas tiene como finalidad excluir la aplicación del principio *lex posterior derogat priori.* 16 Convenciones de la C.I.D.I.P. contienen cláusulas de compatibilidad y 11 de ellas son de carácter general. Las cláusulas de compatibilidad generales se encuentran redactadas de la siguiente forma:

> *esta Convención no restringirá las disposiciones de otras Convenciones que en materia de* ... (normas generales, poderes, exhortos y cartas rogatorias, de recepción de pruebas en el extranjero, de medidas cautelares, de competencia en la esfera internacional, de prueba e información del derecho extranjero, de transporte, alimentos, restitución de menores, contratos y tráfico de menores) ... *hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro, en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar en la materia.*

Un ejemplo de *cláusula de compatibilidad específica* estaría representado por la *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* de 1979 que únicamente se aplicará a los casos arbitrales "en

todo lo no previsto" por la *Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional* de 1975.

b) Existen las *cláusulas de compatibilidad jerarquizadoras:* mediante las cuales se tiende a establecer una jerarquía entre los Tratados en conflicto que ya no estarán ubicados sobre un mismo pie de igualdad a los efectos de su aplicabilidad. Este tipo de cláusula proporciona directivas que permiten determinar entre dos Convenciones que se declaran simultáneamente aplicables, aquélla que corresponda poner únicamente en funcionamiento. Dentro de las C.I.D.I.P. pueden encontrarse algunas Convenciones que en lugar de proponer la compatibilidad entre los Tratados pretenden, por el contrario, una jerarquización en la aplicación de las normas supranacionales. Esta solución ha sido admitida, por ejemplo, para privilegiar la aplicación de las normas de la *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias* de 1989, por sobre las Convenciones de La Haya de 1973, y que fue adoptada a pesar del disgusto de las delegaciones norteamericana y canadiense y el representante de la Conferencia de La Haya. El art. 29° dispone que

> *entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren Partes de esta Convención y de las Convenciones de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre reconocimiento y eficacia de las sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias para menores y sobre la ley aplicable a obligaciones alimentarias, regirá la presente Convención.*

## Problemas que presentan las cláusulas de compatibilidad

18. La finalidad de las cláusulas de compatibilidad es dar indicaciones a los prácticos acerca de la intención de los redactores de un instrumento internacional. En un primer análisis la recurrencia a estas cláusulas puede significar una solución a los conflictos entre Convenciones. Pero su propia naturaleza lleva gérmenes difíciles de combatir.

*a)* *los conflictos negativos entre Convenciones conteniendo la misma cláusula de compatibilidad permisiva:* no sería extraño que puedan llegar a entrar en conflicto dos Convenciones conteniendo una cláusula de compatibilidad permisiva redactadas exactamente del mismo modo. O sea, que ambas dispongan "*que no restringirán la aplicación de los Tratados anteriores o posteriores* (...)" ¿Dada esta situación, cuál será la Convención que deberá prevalecer sobre la otra? Ante dos Convenciones sobre la misma materia vigente entre los mismos Estados Parte y con la misma cláusula de compatibilidad, el conflicto que las opone no puede ser resuelto, en la medida que cada Convención declara expresamente que no desea prevalecer sobre la otra. Las dos se neutralizan entre sí puesto que cada Convención le da la prioridad a la otra concurrente. Y no puede acudirse tampoco al criterio de la *lex posterior* en tanto ha sido excluido expresamente en las dos cláusulas.

*b)* *los conflictos positivos entre Convenciones conteniendo cláusulas de jerarquización:* puede ocurrir también que dos Tratados tengan una cláusula de jerarquización de Tratados donde cada uno prevea que prevalece frente a las disposiciones de otro texto convencional. Cada instrumento considera que debe primar sobre el otro y, también en este caso, las dos cláusulas de incompatibilidad se neutralizan en tanto

cada instrumento estima que debe excluir al otro. Tanto en el caso de conflictos negativos como positivos se hace necesario salir del círculo vicioso provocado por las propias cláusulas convencionales recurriendo a otros criterios para solucionar el conflicto de Convenciones. Se deberá recurrir, entonces, a alguno de los otros dos criterios manejados para resolver la concurrencia de Tratados: el de la materia más específica o el de la norma más favorable, sin poder dar una solución de carácter general puesto que la opción dependerá de cada caso concreto.

## Soluciones de la doctrina apoyada en el Derecho de los Tratados

19. Una doctrina prestigiosa ha sugerido adoptar algunas reglas de conflicto de Convenciones. Para Ferenc Majoros (8), los criterios de la anterioridad de una Convención, de su generalidad en cuanto a la materia regulada o aún de su superioridad jerárquica no pueden suministrar una solución apropiada a los conflictos entre Convenciones de derecho privado. Propone tres reglas que considera son adecuadas al campo de las relaciones privadas internacionales: 1) el de la eficacia máxima, 2) el de la materia especial y 3) el del Tratado posterior, no proponiendo la prevalencia de ninguna de ellas sino que todas jugarán sobre un mismo pie de igualdad.

*1) La regla de la eficacia máxima:* para el caso de una incompatibilidad se aplicará y hará prevalecer aquella Convención que parezca servir mejor los intereses que inspiran a las Convenciones en conflicto. Éstas pueden desear promover la protección de los menores, mejorar la situación del acreedor de alimentos, obtener una cooperación más ágil de las rogatorias o la ejecución más favorable de una sentencia judicial o arbitral. Se preferirá, entonces, a aquella Convención que atienda mejor el interés perseguido.

*2) La regla de la materia especial:* cuando los intereses protegidos son múltiples y complejos, y muy difícil la tarea de discernir cuál es aquel que debe prevalecer, Majoros recomienda acudir a la regla de la especificidad. Se deberá preferir aquella Convención que rija más específicamente una determinada materia. Recurriendo a este criterio se garantizará una buena administración de justicia y un máximo de seguridad en el reparto justo y preciso de los litigios entre tribunales. Por ejemplo, pueden ocurrir divergencias entre textos internacionales en cuanto a determinar si una cláusula atributiva de jurisdicción o una cláusula arbitral son válidas, el autor considera que se deberá aplicar exclusivamente aquella norma que regule con mayor precisión el punto. También al momento de regular intereses muy complejos y a menudo opuestos entre sí, como en materia de familia, especialmente en cuanto a las adopciones internacionales, a la responsabilidad civil en materia de transporte, el de accidentes de circulación vial, el de productos defectuosos y el de energía nuclear.

*3) La última regla hace prevalecer, en caso de conflicto, a la disposición convencional más reciente:* para Majoros su reconocimiento simplemente traslucirá el de alguno de los dos principios anteriores: el de la eficacia máxima o el de la materia especial.

(8) Majoros, Ferenc. *Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abregué théorique et traité pratique.* Paris. T.. I y II.

Entre los criterios de retención retenidos, los dos primeros tienen un carácter exclusivamente sustantivo, debido a que hacen depender la solución del conflicto del contenido de las Convenciones, en tanto la primera atiende al hecho meramente cronológico de la aprobación de los Acuerdos.

## Soluciones de la doctrina apoyada en las peculiaridades propias del derecho internacional privado

20. Otra corriente desea asegurar la solución de los conflictos de Convenciones de derecho privado por fuera del derecho internacional público, elaborando reglas de conflictos específicas para el derecho internacional privado (9). Se sostiene que el art. 30° de la Convención de Viena no asume como objetivo la unificación de las reglas de conflicto de leyes o de jurisdicciones o la del derecho material, por cuanto atiende a los Estados y a sus problemas y no a los simples particulares. En derecho internacional privado se busca otra cosa, principalmente: la defensa de la identidad de una sociedad mediante la recurrencia al orden público, la armonía material, la consideración de la finalidad de las leyes internas, la búsqueda del mínimo de conflictos internacionales, la determinación del ordenamiento jurídico más eficaz, la armonía internacional de las soluciones, la efectividad de la decisión y el interés político (10). ¿Si dos Convenciones promueven valores inconciliables entre sí, cuál de ellas debe prevalecer? La mayoría de la doctrina rechaza una solución que se base en una superioridad jerárquica de uno de los instrumentos, en la medida que las disposiciones convencionales se presume que tienen una naturaleza equivalente, por eso se ha considerado que debe reconocerse una superioridad material a aquella Convención que garantice principios o derechos fundamentales –como los derechos del Hombre o los derechos del Niño- en la medida que plantean reglas de *jus cogens*, que los Estados no pueden desconocer o modificar por medio de Convenciones, y que serían expresiones de un orden público auténticamente internacional. Pero sobre estos argumentos hay que tener el debido cuidado pues su admisión conduciría a concluir que aquellas Convenciones contrarias a las Convenciones protectoras de los derechos del Hombre son nulas, lo cual no es aceptable. Habría que salvaguardar su vigencia, postergarlas, reducir su campo de aplicación, adaptarlas, pero no anularlas.

Esta corriente afirma que al intentar regular relaciones privadas internacionales se debe dar una mayor libertad a los sujetos privados –puestos de acuerdo, o a uno de ellos en particular- con el objetivo de que deshaga la incompatibilidad existente optando por uno de los dos textos. Por ejemplo, en materia de reconocimiento y ejecución de los

(9) Brière, Carine. *Les conflits de Conventions internationales en droit privé*. Paris. 2001. Puede verse un artículo clásico sobre el tema: Wengler, Wilhem. *Los principios generales de derecho y sus conflictos*. Revue Critique de Droit International Privé. 1952 – 1953. T. 41 y 42.

(10) El exordio de la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionoles* de 1994 es un claro ejemplo de la preocupación que recorre todas las Convenciones de la C.I.D.I.P. "Los Estados Parte de esta Convención, Reafirmando su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, reiterando la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional, considerando que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico, han convenido aprobar la siguiente Convención (...)."

juicios -tanto estatales como arbitrales- quien ha triunfado podrá elegir aquella Convención que haga más expedito el trámite. Esta elección deberá quedar sometida al control de los magistrados porque, por ejemplo, en caso de la elección del derecho aplicable, si hay una Convención que contempla el derecho de defensa y otra que no hace referencia a dicho derecho, la elección personal de una de las partes no puede llegar al desconocimiento de la vigencia de este principio fundamental y el juez está facultado para evitarlo. También encontramos el art. 6° del *Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, que puede ser utilizado por los sujetos privados para destrabar un conflicto entre Convenciones, que establece que

> *las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12°, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.*

## El reconocimiento de un mayor número de fuentes de derecho internacional privado

21. En cuanto a este segundo perfil que exhibe la codificación latinoamericana, quizás sea aquel que más controversias y enfrentamientos doctrinarios ha provocado. Como ya hemos expresado los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 instauraron un mecanismo de distribución de competencias entre Estados soberanos y en el momento de su aprobación no fue posible pensar en el reconocimiento de otras fuentes del derecho para regular las relaciones privadas internacionales, aún en el campo del comercio. Fue necesario que se transitara por la década de los '70 para comenzar a reconocer la necesidad de una ampliación del hontanar jurídico y ello ocurre cuando en la primera C.I.D.I.P. se aprueba la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*. El art. 3° de la citada Convención dispone que:

> *a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.*

Esto significa, en buen romance, la posibilidad de recurrir por vía indirecta -a través del Reglamento de arbitraje de una institución *privada*- a la aplicación de la denominada *lex mercatoria*, considerada por algunos como un producto genuino de la llamada sociedad internacional de los comerciantes. Esta *lex mercatoria* sería un derecho material uniforme de vigencia mundial, elaborado por la comunidad de los prácticos del comercio internacional, cuyo contenido y origen tendría la virtud de respetar de mejor manera que una regla de conflicto de leyes, la internacionalidad del supuesto; contando además, con el beneficio de ser aplicado con una mayor fidelidad y en forma directa por los árbitros.

Luego, la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* culminó la tendencia iniciada en 1975, al reconocer de una manera más clara la estructura pluralista de la sociedad internacional. En la Convención sobre contratos ya no se habla de "ley" aplicable sino de "derecho" aplicable a los contratos internacionales, intentándose con ello abarcar otras manifestaciones jurídicas diferentes a las ema-

nadas de una ley estatal. Dos delegaciones intervinieron muy fuertemente en este sentido en la Conferencia de marzo de 1994 celebrada en México: la de Venezuela, presidida por el Prof. Gonzalo Parra Aranguren, quien consideraba la expresión "ley" muy restringida; y la de los Estados Unidos de América, cuyo portavoz Boris Kozolchyk consideró que había que rechazar la concepción kelseniana de incluir a la sanción estatal como un elemento intrínseco de la norma. Son varios los artículos que hacen referencia a los principios derivados del derecho comercial internacional y a los usos y prácticas comerciales (art. 3.2, 9 y 10).

De todas maneras no todas las delegaciones consideraron aceptable la incorporación de la *lex mercatoria* como un orden jurídico que actuara con la misma jerarquía y en rivalidad con los ordenamientos jurídicos estatales y ya hay opinión doctrinaria en Uruguay que su aplicación sólo será admisible en cuanto el derecho designado por la regla de conflicto de leyes habilite recurrir al derecho mercático, lo cual, evidentemente, no es lo mismo.

Afortunadamente en una cosa ha sido sensata la Convención de México al ordenar al juez tomar únicamente

> *en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*

Con esta expresión "organismos internacionales" se ha querido hacer referencia no sólo a los organismos interestatales sino también a aquellos organismos privados -como la Cámara de Comercio Internacional de París- que cuentan con una participación en la codificación internacional y ostentan una trayectoria reconocida. De este modo se le evita al juez la búsqueda de un derecho mercático extraestatal muchas veces difícil de precisar con exactitud.

22. La coexistencia de una pluralidad de órdenes jurídicos de distinta naturaleza que entablan entre sí relaciones jurídicas, confirma la relatividad de todo orden jurídico (11). El escenario internacional actual está lejos de aquel claro modelo jerárquico de control social como ocurrió en el s. XIX cuando se aprobaron los primeros Tratados de Montevideo. Él está hecho de diferentes organizaciones, algunas estructuradas -cada vez más numerosas e interdependientes- y otras no estructuradas, grupos dotados de un accionar más flexible y, por lo tanto, más operativo. Muchos son los problemas teóricos que plantea la inclusión de la *lex mercatoria* dentro del derecho internacional privado regional puesto que todavía son numerosos los especialistas que no están totalmente convencidos de que ella constituya realmente un ordenamiento jurídico. La visión de una sociedad de mercaderes caracterizada por el respeto mutuo de sus miembros ha sido desmentida en los hechos en cuanto no existe esa sociedad capaz de imponer eficazmente su propio sistema de coacción a toda contravención de las reglas comerciales y arbitrales. Por tanto, es por el lado de los Estados -únicos detentadores de la coacción sobre los

(11) Santos Belandro, Ruben. *La lex mercatoria en el corazón de la nueva normativa en materia de contratación internacional.* Revista de Derecho Comercial y de la Empresa. Montevideo. Nos. 61 – 62. p. 37.

individuos- hacia los que debemos volcarnos. Los Estados forman sí una comunidad, y el conjunto de ellos le ha concedido a la justicia arbitral el concurso de la coacción y una legislación que lo mira con simpatía, sin lo cual el arbitraje no podría prosperar.

23. En segundo lugar, muchos se preguntan cuál sería –para el caso de reconocerle existencia- el nivel jerárquico a adjudicarle: si hay que ubicarla por debajo del derecho convencional y dentro de los derechos estatales; sobre el mismo plano de los derecho estatales; o por encima de ellos en cuanto se ubicaría en un espacio internacional no comprendido cabalmente por ningún Estado. Si los derechos estatales y la *lex mercatoria* se encuentran en paridad jerárquica entonces esta última podría tener su propio orden público internacional, lo que permitiría excluir a las normas imperativas estatales. Esta solución es insostenible. Una de las razones para rechazar dicha afirmación es que *lex mercatoria* es un ordenamiento que busca como objetivo fundamental, prácticamente exclusivo, la obtención del provecho económico, en cambio el Estado moderno tiene *además* tareas no crematísticas: de organización social, de protección al más débil, etc, y por tanto, es a este último a quien hay que darle la primacía. Por otra parte, si se la considera como un orden jurídico ubicado sobre el mismo nivel que los estatales, cabría reclamar también su consideración como derecho objetivo y no como una práctica contractual, su aplicación se haría de oficio y regiría también, el principio *iura novit curia.*

24. ¿Qué ocurrirá, entonces, cuando existan disposiciones de la *lex mercatoria contra legem?* A la hora actual el derecho positivo no parece suministrar índices suficientemente significativos a favor de admitir la aplicación de la *lex mercatoria contra legem.* Muchas voces reclaman elaborar una jerarquía normativa basada en la importancia de lo regulado y no teniendo en cuenta la autoridad que dictó la regla. En ese caso las normas de la *lex mercatoria* parecen tener la preferencia para regular las operaciones del comercio internacional en cuanto tienen un origen internacional, son materiales y se hallan mejor adaptadas a la internacionalidad del supuesto. No obstante, la proposición de recurrir a una jerarquía material -en cuanto nacida del seno internacional que le permitiría acomodarse mejor a la internacionalidad del caso- deja en la sombra muchas dificultades, ante todo, el tenor exacto del criterio material retenido. Sus sostenedores evitan dar una definición de la noción de valor. A menudo ello implicará un juicio subjetivo. Ninguna de las tesis expuestas proporciona un criterio que permita identificar por sí solo, el valor exigido.

25. En el campo del arbitraje internacional la *lex mercatoria* representa indudablemente una figura saliente de dicho fenómeno, pero la idea de un sistema puramente privado y autosuficiente de regulación de los litigios basado sobre el presupuesto de una ejecución voluntaria y espontánea de las sentencias arbitrales, es hoy considerada –por lo menos en la región- como una afirmación algo ridícula. René David fue quien señaló que la mayor parte de los arbitrajes se realizaba sin choques, entre gente amigable (12). Pero la realidad del presente es bien diferente en cuanto todos percibimos una fuerte degradación del clima existente en el comercio internacional y en las prácticas arbitrales. Hoy ya nadie se sorprende de comprobar cómo la instancia arbitral se ha

(12) David, René. *L'arbitrage dans le commerce international.* Paris. 1982.

convertido a menudo en un ámbito donde se multiplican los incidentes procesales y otras actitudes basadas en conductas ventajeras o puramente en chicanas. La buena fe y la lealtad en los negocios y la ejecución espontánea de las sentencias arbitrales se han convertido en datos cada vez más escasos en la realidad, y no pueden ser admitidos como un criterio general sin más. Además, el arbitraje internacional contemporáneo no puede reposar sobre un sistema de coacción de orden puramente privado, como la colocación del nombre del comerciante recalcitrante en listas negras, o la publicación de su conducta en carteles o Revistas del gremio, o el boicot de los colegas hasta que cumpla con sus obligaciones. La degradación de las relaciones y la necesidad de previsibilidad en el comercio internacional vuelve necesario recurrir al sostén estatal. Una autarquía total del sistema arbitral en relación con los marcos estatales se ha convertido en algo cada vez más inconcebible.

También es cierto que el concurso de los Estados debe reunir ciertos requisitos para ser efectivo: debe ser activo y dar los medios necesarios para su funcionamiento a la institución arbitral y para asegurarle su fuerza coactiva en cuanto el arbitraje parece ser el medio de resolver aquello que el Estado no puede realizar de una manera satisfactoria. Por esa razón los Estados han contribuido al fortalecimiento de la institución mediante la elaboración de leyes nacionales y Convenciones internacionales, y hay un cambio de mentalidad de los jueces hacia el sistema arbitral apoyándolo en todas las etapas, desde el momento del otorgamiento del acuerdo hasta la etapa de la ejecución del laudo arbitral. La actitud del Estado se caracteriza actualmente por una actitud de particular benevolencia: ha aceptado este modo privado de regulación y aligerado el control ejercido sobre el arbitraje y sobre la labor del árbitro, también le ha reconocido un amplio campo a la libertad contractual en materia procesal para evitar un bloqueo del sistema arbitral. Ha apoyado una serie de soluciones más específicas, como por ejemplo la competencia de los árbitros para examinar su propia competencia. Pero igualmente mantiene ciertas exigencias respecto de esta institución a la que le ha delegado el poder de dictar justicia, con el objetivo de asegurar el respeto de aquellos principios juzgados fundamentales y que, siendo comunes a una mayoría de sistemas jurídicos, pueden ser calificados de universales o, al menos, de transnacionales, vg. el respeto del principio del contradictorio. Además, el Estado también interviene coactivamente para mantener la libertad y seguridad generales del comercio y los propios intereses estatales.

26. Esto hace necesario tomar posición sobre la jerarquía de las normas producto de fuentes formales e informales, allí se enfrentan dos posiciones doctrinales importantes. Por un lado el positivismo legalista, que clasifica a las reglas jurídicas en función del rango de la autoridad que las dicta. Indiferente al tenor mismo de la regla de derecho, la jerarquía procede así, a una coordinación abstracta de normas concurrentes que se desinteresa de su contenido o del objetivo que ellas se proponen realizar. Como bien se ha dicho, esta clasificación rígida que se revela de una manera implacable todas las veces que las reglas de conflicto emanan de fuentes diferentes, no está desprovista de virtudes: respondería a una necesidad de certeza y de orden. Ante la proliferación de las fuentes de producción jurídica, permite evitar que la ubicación de las normas derive puramente del impulso del juez. Establecer una jerarquía es un instrumento indispensable para la seguridad jurídica y la previsibilidad de las soluciones.

Por otro lado, aquellos que son partidarios de ampliar el hontanar jurídico consideran que junto al Estado existe una pluralidad de ámbitos generadores de derecho y oponen al criterio formal un criterio material basado en el valor defendido por la regla de derecho, lo que permite conferir un lugar eminente a determinadas fuentes informales, tales como los principios generales de derecho o la *lex mercatoria* en el ámbito comercial.

No obstante, siempre es posible pensar en la existencia de una vía media entre dos posiciones radicales: en el punto en cuestión hay quienes se adhieren al pluralismo de las fuentes aunque sin rechazar la primacía del derecho estatal, en cuanto una teoría pluralista de la fuentes del derecho que no rechace la primacía del derecho estatal sería la única con la posibilidad de garantizar una cierta coherencia del sistema jurídico (13). Lo expresado permite constatar que no hay algo más huidizo e incierto que proyectar una jerarquía de normas producto de fuentes de diferente naturaleza, lo cual exhibe claramente la crisis profunda que conoce la teoría de las fuentes del derecho y de la jerarquía a darle a cada una, ya que el diseño varía de un orden jurídico a otro. Ello se debe a que ha sido concebido por autoridades diferentes, lejos de una línea prestablecida, por lo que el intento de establecer una jerarquía permanece más bien apoyado sobre bases extraídas del positivismo estatal que aún domina los sistemas jurídicos de la región. La doctrina de derecho internacional privado regional tiene pues, una tarea insoslayable, a fin de contribuir a una solución que sea aceptable para todos los actores.

## EL RECONOCIMIENTO DE UN PLURALISMO METODOLÓGICO PARA UNA REGULACIÓN MÁS SATISFACTORIA DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

### La regla de conflicto considerada como la regla común del derecho internacional privado

27. La regla resolutoria de conflictos de leyes y de jurisdicciones está llamada a cumplir objetivos muy variados. Ante todo ella debe preocuparse por los intereses de las personas privadas en cuanto debe regularlos. Pero no puede ignorar los intereses del Estado del cual la regla emana, los que no deben ser sacrificados por la única razón de la naturaleza internacional de la relación jurídica. Además, debe tener en cuenta los intereses específicos del espacio internacional en el que se inserta la relación jurídica privada internacional. Ese triple nivel de intereses a considerar ha permitido superar una visión reductora del derecho internacional privado que limite su objeto a defender exclusivamente un único interés: el del Estado, el del orden internacional o el de las partes. Este triple nivel de intereses es lo que le da originalidad a la regla de conflicto, ella debe saber sintetizar los diferentes imperativos en presencia. Si por más esfuerzos que haga, la conciliación no es posible, ello habilitará la intervención de otros métodos, concurrentes al de la regla de conflicto. La intervención de las leyes de policía y de la excepción de orden público internacional se preocupan, esencialmente, de la salvaguarda de los intereses estatales, asegurando la defensa de una cierta política legislativa o garantizando la defensa de valores fundamentales vigentes en el orden jurídico del foro. En

(13) Gannagé, Léna. *Le hiérarchie des normes et les méthodes du droit international prive.* Paris. 2001.

cuanto al derecho material, éste apunta a salvaguardar los intereses del comercio internacional y, más allá de eso, a los propios operadores del comercio internacional.

El problema que se le plantea a la doctrina, entonces, es el de la articulación de estos métodos de reglamentación de los casos internacionales, en cuanto quieran actuar de un modo concurrente pretendiendo regir una misma cuestión jurídica. Resulta vital saber qué tipo de relaciones debe mantener la regla de conflicto con las leyes de policía y con el derecho uniforme. Se puede organizar la coexistencia, pero todavía es difícil plantear una coordinación. Reglas de conflicto, leyes de policía y reglas materiales pueden quedar integradas en el seno de una jerarquía de métodos directamente tributarios de los intereses tomados a su cargo por los conflictos de leyes pero esta cuestión no ha podido ser resuelta todavía en forma definitiva por la doctrina.

Si se admitiera que las relaciones de las reglas de conflicto bilateral y de los métodos de regulación concurrentes deben analizarse en términos de principio a excepción, el funcionamiento de las diferentes reglas de derecho internacional privado deberían tener en cuenta esta dialéctica. En otros términos, los métodos que derogan a la regla de conflicto deberían ser objeto de una interpretación estricta, no podrían actuar más allá del campo que se les ha adjudicado y no podrían invadir el campo de la regla de derecho común, es decir, el de la regla de conflicto bilateral. Si la regla de conflicto clásica llega a resultar insatisfactoria para atender determinados intereses concretos, entonces será reprimida mediante procedimientos concurrentes: ya sea por el método de las leyes de policía, que entienden defender en forma prioritaria la cohesión de la sociedad interna o, por el método de las reglas materiales de derecho internacional privado, que buscan promover de una manera más completa los intereses del orden internacional. La cuestión de las relaciones entre las reglas materiales y las reglas de conflicto de leyes no aparece tan discutida, al punto de que es preferible hablar de articulación más que de jerarquía (14). También habrá que tener en consideración que en las últimas décadas se ha operado una transformación metodológica en el propio seno de la regla de conflicto clásica por cuanto hoy se consiente que ella vaya a la búsqueda de reglas mejor adaptadas a la protección del sujeto débil de la relación jurídica privada internacional o en favor de la validez de los actos y contratos.

## La regla de conflicto a la búsqueda de la protección del sujeto débil

28. En cuanto a los sujetos débiles existe una constatación dolorosa: en nuestro continente viven millones de niños en situación de abandono familiar, social y estatal. En algunos países la situación ya es endémica, como en Brasil, Colombia, Venezuela y en la mayoría de los países de América Central; en otros el fenómeno se ha manifestado más recientemente, como consecuencia de impactos económicos muy fuertes que han afectado al aparato productivo y han puesto a dura prueba la fortaleza de la unidad familiar y de la red de solidaridad implementada por la sociedad civil. La comunidad de Estados americanos se

(14) Una demostración acabada de los límites que tiene codificar el derecho de un modo sustantivo y directo lo proporciona la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Allí prevalecen ante el texto convencional, por su orden: los otros Tratados que regulen la materia, las normas de aplicación inmediata, el acuerdo de voluntad de los particulares seleccionando otra normativa, los usos, prácticas, condiciones generales y contratos tipo contrarios a la Convención.

ha mostrado sensible para proporcionar una regulación jurídica a determinados problemas, sobre todo aquellos que hacen referencia a la minoridad abandonada.

Es así que se ha aprobado una *Convención Interamericana sobre Adopción Internacional de Menores* en 1984 (C.I.D.I.P. III), muy lograda y exhaustiva. Los adelantos científicos han demostrado que el niño privado de los nutrientes esenciales pero también del afecto necesario repercutirá en su inteligencia, en la posibilidad de tener pensamientos abstractos y en su personalidad de un modo irreversible. Para evitar estas secuelas se elaboró una normativa internacional a través de la cual se intenta dotar al niño abandonado de un hogar lo más prestamente posible. Para ello se ha tenido en cuenta la redacción de reglas de conflicto aunque dotadas esta vez, de una orientación material o sustantiva, lo cual quiere decir que la búsqueda de la consagración de un valor determinado obliga a obtener un resultado específico. El art. 19°, ya citado, determina que:

> *los términos de la presente Convención y las leyes aplicables según ella, se interpretarán armónicamente y a favor de la validez de la adopción y en beneficio del adoptado.*

La redacción de reglas de conflicto dotadas de una orientación material en protección de las personas también la encontramos en la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias.* En esta Convención se abre un abanico de puntos de contacto que nos permiten conectarnos con 5 legislaciones nacionales para que el juez, luego de estudiar el contenido de cada una, seleccione aquella que "resultare más favorable al interés del acreedor alimentario".

*El interés superior del menor*

29. A partir de la C.I.D.I.P. V celebrada en México en 1994 y de la aprobación en ella de la *Convención Interamericana sobre tráfico de menores,* la referencia se ha hecho, más concretamente, "al interés superior del menor". La alusión a este interés es tan reiterada -se menciona 8 veces- que se vuelve una verdadera obsesión del legislador internacional. Sin duda que esta referencia constante constituye una directiva dirigida al juez nacional y un recordatorio permanente acerca de cual es el valor defendido y protegido: "la prevención y sanción del tráfico internacional de menores así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo" (art. 1°) (15).

El hábito que se tiene de razonar en términos de oposición ha permitido elevar al menor más allá de sus progenitores y a considerar que *su* interés es sin más "superior", de exaltarlo como persona, sin escuchar réplica alguna. ¿Terminará este enfoque por devorar la célula familiar? Ello dependerá de la inteligencia que le demos al término "interés superior del menor" por cuanto su carácter fluido, indeterminado, lo expone a conflictos de interpretación. Se la ha calificado como principio general de derecho, de noción proteiforme, funcional u operatoria.

"Interés" significa literalmente lo que le importa a una persona, de cualquier manera que sea, la ventaja que ella obtiene. La noción recubre tanto un objeto moral como material.

(15) Dentro de la C.I.D.I.P. también pueden constatarse reglas de conflicto dotadas de una orientación material que procuran mantener la validez de los actos jurídicos, como en materia de letras de cambio, cheques y pagarés de circulación internacional o respecto de las formalidades de las que deben estar rodeados los contratos internacionales

Pero sería una noción refractaria a toda definición, como la noción de buen padre de familia el interés del menor constituiría una noción marco, socio – jurídica, que ayudaría a la percepción de una realidad, sería una norma productora de normas que delegaría en el juez el poder de legislar.

Para obtener una mayor comprensión de la noción "interés del menor" se ha comenzado por distinguir entre el interés abstracto del menor –que se compone de aquellos derechos consagrados por el legislador y que se presta a un enfoque global, serían las normas abstractas y generales que actúan como elemento de referencia para el práctico y, en última instancia, una noción ética - y su interés concreto, que se plegaría a una lógica más bien fáctica, compuesta de elementos puramente circunstanciales e irreducible a cualquier posibilidad de cristalización. Un ejemplo del primer tipo de interés lo proporciona el art. 4° de la *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias* cuando señala que "toda persona tiene derecho a recibir alimentos sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria o cualquier otra forma de discriminación". En cambio, la segunda clase de interés se halla impregnado de personalismo y de existencialismo y al estar en oposición a cualquier definición rígida, resultará determinado por la situación del menor en sí, por el caso concreto. Se acerca a esta situación el art. 13°, cuando señala en su parte final que "si el adoptado tiene más de 14 años de edad será necesario su consentimiento".

Está también la discusión acerca de las fronteras a trazar entre derecho e interés, si la noción de interés debe ser absorbida por la de derecho subjetivo o, si por el contrario, debemos alejar al interés de toda consideración jurídica. Hoy día se piensa que el interés constituye la sustancia de todo derecho subjetivo si bien no todo interés necesariamente accede al rango de tal.

Lo que al magistrado le interesa, más bien, es descubrir el interés concreto del menor, examinar la situación particular y actual en que se encuentra, para entrever las posibles consecuencias de una decisión a tomar sobre su situación. Para medir ese interés concreto el juez se valdrá tanto de elementos que se relacionan con el propio menor (intrínsecos) como también de elementos vinculados con las personas que lo rodean (extrínsecos). Dichos elementos siempre serán apreciados tomando en consideración las repercusiones eventuales sobre su persona. El magistrado no tendrá en cuenta a todos estos elementos indiscriminadamente sino aquellos más significativos, los que resulten pertinentes según el caso. Ciertas cuestiones adquieren una importancia considerable según la edad del menor. No hay que confundir el interés del menor con la necesidad de un instante. Tampoco hay que mezclar el interés concreto con el deseo del menor, este deseo es sólo parte de un todo (16). El magistrado deberá tener en cuenta el deseo del

(16) En algunas Convenciones, no obstante, su deseo es bastante determinante. Por ejemplo, el art. 13° de la *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores* dispone que para convertir la adopción simple en adopción plena "si el adoptado tuviere más de 14 años de edad, será necesario su consentimiento". En la *Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores*, en cambio, la opinión del menor aparece en una forma mucho más difusa. El art. 10° señala que si la entrega no es voluntaria el juez "tomará conocimiento personal del menor". Además el art. 11° siguiente permite al juez del lugar donde el menor ha sido localizado negarse a proceder al pedido si "existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico", y en estos casos se impone un contacto personal entre magistrado y el niño con la finalidad de saber detalles acerca de sus condiciones de vida que de otra manera sería imposible obtener.

menor pero no tiene necesariamente que avalarlo a través de una sentencia, no está obligado a darle un respaldo jurídico. Así, por ejemplo, el menor no puede constituirse en un árbitro de los derechos e intereses de sus padres separados. El interés concreto del menor también es diferente de su humor.

30. ¿Existe una diferencia jerárquica entre el interés del menor y el interés "superior" del menor? La doctrina se ha inclinado por identificar fielmente el interés "superior" del menor con su interés concreto. Lo que ocurre es que cuando se habla del interés "superior" no se trata de una prerrogativa o de una potestad personal que pueda hacer temer la emergencia de un Napoleón o de un pequeño dictador, como parece sugerir el término, sino que más bien constituye una técnica de evaluación de una situación o de una condición. El interés concreto es simplemente una técnica de evaluación de la situación del menor en una determinada circunstancia con la finalidad de buscar aquella solución más propicia al desarrollo del menor. Por tanto, es una noción funcional u operativa.

Por más que se consagre la presunta superioridad del interés del menor, al lado de este interés existen otros también valiosos, los cuales al tratarlos en conjunto plantean un verdadero dilema de opción. En el caso de una adopción tenemos, por ejemplo, el derecho de la madre, por un lado, a consentirla y también a retractarse -por lo menos dentro de un determinado período de tiempo-; y, por el otro, el interés del menor, quien tiene urgencia en ser adoptado lo más pronto posible. Hay pues multiplicidad de intereses en juego, contradictorios, divergentes, y el ajuste perfecto no puede realizarse *a priori* sino a través del caso concreto. Mucho más cuando en materia de derecho de familia las partes involucradas no son personas extrañas unidas por el azar de los acontecimientos, sino personas vinculadas por un lazo de sangre, cuyos intereses en abstracto convergen a menudo hacia el mismo resultado pero que, concretamente, puede divergir.

31. De todos modos la utilización de este concepto marco denominado "interés superior del menor" ha provocado visibles influencias en el derecho internacional privado.

*a)* *En el campo metodológico* el interés del menor ha tenido un enorme influjo sobre la estructura del tipo de regla de conflicto denominada clásica, intentando magnificar ese interés a la hora de la elección del derecho aplicable. Se optará por la ley de un Estado tomada en conjunto. Y no aquellos aspectos favorables de varias leyes estatales, lo cual hubiera significado despedazarlas y tratarlas sin ninguna lógica sistémica.

Se ha reconocido, igualmente, tanto la posibilidad de la *aplicación de las leyes de policía* del foro protectoras de los menores, como de la excepción de orden público internacional en cuanto correctivo a una situación juzgada ofensiva para el foro.

También la satisfacción del interés del menor ha recurrido muchas veces a *la técnica de la adaptación,* para el caso de una aplicación concurrente de normas divergentes. Esta técnica pragmática encierra, en realidad, dos procedimientos: la sustitución, cuando el concepto empleado por la ley extranjera es desconocido por el sistema donde debe desplegarse, y la adaptación en sentido estricto, que se planteará cuando las leyes competentes se coordinan mediocremente. Esos dos procedimientos intervienen cuando no es posible concordar dos o más legislaciones, en cuyo caso el juez intentará superar los contrastes buscando, en última instancia, una equivalencia conceptual.

b) Asimismo, ha marcado su presencia *sobre el plano jurisdiccional,* otorgando una competencia preferente al juez de la residencia habitual del menor, en cuanto se lo considera como la autoridad que está en mejores condiciones para evaluar el interés del menor.

Para satisfacer el interés del menor se ha acudido asiduamente a la idea de la urgencia. La urgencia aconseja, muchas veces, desdeñar al juez internacionalmente competente en apoyo del juez donde se encuentra o se presume que se encuentra el menor. La urgencia es un concepto más bien abstracto ¿porqué es tan imperioso que el juez resuelva? Por una razón muy sencilla, el magistrado está obligado proteger al menor en situación de peligro. Esta noción de peligro no debe ser confundida con la del interés superior del menor. En el caso del menor en situación de peligro se autoriza al juez del lugar donde se lo ha localizado para que tome todas las medidas necesarias para eliminar el riesgo -potencial o concreto- a que pueda estar expuesto, ya sea en su persona o en sus bienes. También ocurrirá que dicho juez encargado de resolver sobre una solicitud de restitución deba examinar que su decisión no exponga al menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable en cuyo caso negará la restitución.

## UNA NUEVA VISIÓN DE LA IMPERATIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS Y DE LAS NORMAS EN EL CAMPO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### Una formulación más restrictiva de la excepción de orden público internacional y la emergencia de un orden público auténticamente internacional

32. En el derecho internacional privado se ha creado una cláusula de escape, a utilizar cuando el derecho designado como aplicable por la regla de conflicto conduzca a una solución que ofenda los principios básicos existentes en el foro. Esta cláusula de evasión a la obligación de aplicar el derecho extranjero ordenado por la regla de conflicto tiene un nombre: la excepción de orden público internacional. Partiendo de una formulación demasiado amplia dada en los textos convencionales del s. XIX, en la actualidad se considera que el orden público internacional debe ser utilizado en forma muy excepcional, como modo de no subvertir la fuerza y la vigencia del derecho internacional privado. Todas las Convenciones de la C.I.D.I.P., salvo aquellas que contienen normas de carácter material, tienen una cláusula de orden público redactada de la misma manera – semejantes a las Convenciones de La Haya- y que dice así:

> *la ley declarada aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a su orden público*

Participando de esta concepción la delegación de Uruguay formuló una declaración interpretativa del orden público internacional -que si bien va dirigida al juez, corresponde que se pleguen a ella el resto de las autoridades y de los expertos en derecho- en la que se expresa que "la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave

y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional sobre los que cada Estado asienta su individualidad jurídica".

Decíamos que todas las Convenciones Interamericanas contienen la misma cláusula de orden público salvo cuatro que, o la han suprimido, o la han tratado de diferente modo. La Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas, por ejemplo, no tiene una cláusula de orden público, debido a que se trata de la definición de un punto de conexión. La de transporte tampoco, en cuanto es un texto de derecho material.

33. Pero las variantes más interesantes están relacionadas con la minoridad. La primera, en la *Convención Interamericana sobre tráfico de menores*, donde lisa y llanamente no existe una cláusula de orden público internacional. En ella se excluye la facultad del Estado Parte de excepcionarse de aplicar el derecho extranjero en atención a que el interés tutelado es tan grande, es tan superior –el menor en situación de peligro como consecuencia de propósitos o medios ilícitos que terceros quieren ejercitar sobre él- que no puede existir para ningún Estado de la región, ni para la comunidad internacional, otro valor más importante que el protegido por la propia Convención.

Y la segunda, es la *Convención Interamericana sobre Restitución de Menores* en cuanto el art. 25° dispone que:

> *la restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño*

aún cuando dicho país no hubiere ratificado los mencionados instrumentos. De esta manera se estaría perfilando e imponiendo a cada Estado Parte, un orden público auténticamente internacional que actuaría como un *jus cogens* directamente aplicable al caso concreto. En este caso, entonces, nunca podrán aflorar las peculiaridades nacionales de los Estados Parte a través de la interposición de la excepción de orden público internacional.

**El reconocimiento, a texto expreso, de la posibilidad de que los Estados apliquen sus leyes de policía en detrimento de las soluciones contenidas en los Tratados**

34. El reconocimiento de la posibilidad de que los Estados Parte en una Convención apliquen sus leyes de policía o normas de aplicación inmediata es un fenómeno relativamente nuevo. Aparece en toda su plenitud con el famoso caso Böll. María Elizabeth Böll, hija de madre sueca y de padre holandés, había quedado huérfana de madre y en determinado momento va a Suecia donde el Estado sueco le priva al padre de sus derechos y le impide a la niña su salida del país, en atención a que se consideró que la legislación sueca en materia educativa estaba revestida de una imperatividad tal, en cuanto hacía referencia a menores de edad, que no había necesidad de consultar ningún Tratado sobre conflicto de leyes para considerarse competentes (Suecia hizo jugar, también, las reglas sobre patria potestad y de ayuda social).

En su momento, Phocion Francescakis (17) afirmó que estábamos ante normas de aplicación inmediata, que serían aquellas leyes cuya observancia se hace necesaria para salvaguardar la organización política, social y económica del país. El vocabulario para referirse a ellas es muy variado: leyes de policía, de aplicación inmediata, necesaria, de orden público. Hoy se está más a favor de una definición funcional: en el campo de los conflictos de leyes, las leyes de policía constituyen un método derogatorio del razonamiento conflictual de tipo savigniano, que conduce al juez a aplicar una ley en función de su propia voluntad de aplicación a las situaciones que ella define. Estas normas de aplicación inmediata son normas materiales, por ende de aplicación directa, y su principal característica es que están dotadas de una imperatividad tan fuerte, que no pueden ser desobedecidas por ningún funcionario del aparato estatal en cuanto ellas hacen a la estructura del Estado y a su organización.

Estas normas han proliferado en el campo económico: establecimiento de límites a las tasas de interés, inconvertibilidad de la moneda, reglamentación de las exportaciones e importaciones, control de cambios, en el derecho del trabajo, el derecho a la competencia, a la protección de los consumidores, al medio ambiente o aún, al patrimonio cultural, etc. Cuando un país se encuentra en dificultades serias recurre a la redacción de un arsenal de normas imperativas que no distinguen al aplicarse, entre casos internos e internacionales, tratándolos a *tabula rasa,* a todos por igual.

En el ámbito interamericano se incluyeron por primera vez en el art. 15° del Protocolo Adicional de 1984 a la *Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero*

> *el órgano jurisdiccional del Estado Parte requerido atenderá favorablemente la solicitud de observar procedimientos especiales, de acuerdo con el artículo 6° de la Convención, a menos que sean de imposible cumplimiento por tal Estado o sean incompatibles con los principios fundamentales de la legislación o las normas de aplicación exclusiva del mismo,*

Pero su desarrollo más amplio se efectuó en la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, aprobado en México en marzo de 1994. Allí, en el art. 11° se obliga al juez a aplicar las normas imperativas del foro sin posibilidad de eludirlas, y en cuanto a las normas de aplicación inmediata extranjeras será una facultad del magistrado proceder o no a su reconocimiento. Este artículo dice así:

> *no obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.*
>
> *Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*

La inserción en un Tratado internacional de un artículo conteniendo un permiso para aplicar leyes de policía ha resultado chocante a muchos expertos, porque una regla de conflicto de leyes de origen convencional no debería ceder, en razón de su posición

(17) Francescakis, Phocion. *L'arret Böll de la Cour International de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé.* Revue Critique de Droit International Privé. 1959. p. 259.

jerárquica superior, ante una ley de policía que, en definitiva, es una ley nacional. El derecho internacional privado ganaría en previsibilidad y uniformidad y se aproximaría aún más al ideal de la armonía internacional de las soluciones si no las recogiera. Se piensa que no sería conducente descartar las directivas deducidas de la gradación de las normas pues ello permitiría privarse de un elemento importante de seguridad jurídica. Por nuestra parte entendemos que la aplicación de las leyes de policía debe ser admitida pero su reconocimiento debe estar basado sobre un criterio claramente restrictivo y sólo cuando su intervención sea admitida por el derecho internacional público y está autorizada por el propio Tratado. Indudablemente que, permiso mediante, la sensación es de perplejidad, por cuanto permite a cada Estado Parte borrar con el codo lo que escribió con la mano, a restablecer una libertad a la que habían renunciado al suscribir un Acuerdo internacional (18).

## El respeto de las leyes de policía extranjeras

35. El problema que plantean las leyes de policía en el derecho internacional privado es grave, no tanto por su existencia y actuación a nivel interno -porque cada Estado tiene la facultad soberana de legislar sobre su territorio- lo que más preocupa es cuando se las quiere extraterritorializar. Cuando el Estado que las ha dictado quiere que gocen del mismo grado de imperatividad también en el extranjero. Los Estados Unidos de América las ha utilizado muchas veces con respecto a sus conflictos con Irak, Irán, Libia, Cuba, etc. También la Unión Europea en los conflictos con Afganistán, Yugoslavia, etc. Asimismo las Naciones Unidas. En realidad cualquier país puede aspirar a la aplicación extraterritorial de sus leyes de policía. Sin duda que ello se hará a costa de generar un conflicto de poderes muy grave. Por ese motivo la doctrina europea más reciente ha rechazado su utilización, salvo en aquellos casos que estén de acuerdo con el derecho internacional, lo cual es un límite muy valioso con el objetivo de ponerle coto a su utilización indiscriminada (19).

¿Es obligatorio respetar a las leyes de policía extranjeras? Se ha puesto muchas veces en duda la presunta existencia de una obligación del Estado tendente a asegurar el respeto de las leyes de policía extranjeras. Se considera que la solidaridad interestatal en materia de leyes de policía es una idea descabellada y ridícula. Otro sector de la doctrina afirma, en cambio, que no se justifica el principio de la estricta territorialidad de las leyes de policía en cuanto a que si bien ellas ante todo buscan proteger intereses nacionales y particularistas, también son susceptibles de conocer un cierto reconocimiento debido a la expansión del comercio internacional que ha creado problemas inéditos. De esta manera las leyes de policía podrían asegurar el mantenimiento de ciertas reglas de juego y la preservación de intereses no puramente mercantiles en el comercio internacional.

(18) En aquellas situaciones donde hay ausencia de Tratado o Convención, la actuación de las leyes de policía dejaría de lado a las normas nacionales de derecho internacional privado.

(19) Garcimartín Alférez, Fco. J. *Contratación internacional y medidas de coerción económica*. Madrid. 1993.

La actuación extraterritorial de las leyes de policía puede ser contemplada desde tres ámbitos:

a) *leyes de policía que aseguran la protección de intereses que también son compartidos por el foro.* El Estado puede verse particularmente incitado a expresar su solidaridad cuando la ley de policía extranjera protege un interés que él mismo persigue o en cuanto se defiende un principio considerado como fundamental en la comunidad jurídica internacional y que puede ser calificado de principio universal o de principio establecido en dicha comunidad. El campo de lo ilícito es un campo particularmente apto para la expresión de algunos valores comunes como, por ejemplo, la lucha contra la corrupción, el lavado del dinero, etc. Puede palparse en la región un deseo de las opiniones públicas nacionales, cada vez más evidente, de retornar a una cierta moral en las prácticas comerciales y en la función publica. En este caso, la cooperación entre Estados puede plasmarse en la redacción de Convenciones internacionales o mediante actos unilaterales de cada Estado. A veces esta visión común resulta favorecida por los procesos de integración .

b) *leyes de policía que defienden intereses desconocidos por el foro pero que él puede llegar a aceptarlos.* En estos casos no es necesario que exista comunidad de intereses entre ambos Estados. La toma en consideración de esos intereses extranjeros puede constituir una moneda de cambio con la finalidad de favorecer la protección de intereses específicos del foro por parte del Estado extranjero. Se puede ver claramente que la aceptación de esta actitud deja al juez inmerso en criterios políticos y no estrictamente jurídicos.

c) *Leyes de policía que defienden intereses no aceptados por el foro.* De darse esta situación, el magistrado puede oponerles la excepción de orden público internacional o analizarlas sobre el plano de la no concordancia de las leyes de policía con el derecho internacional, para evitar su aplicación en el foro.

**Criterios para la selección de las leyes de policía**

36. Dependerá de la normativa a la que se acuda. Pero, en general, deben recorrerse varias etapas:

a) el carácter de ley de policía deberá ser determinado según los conceptos del sistema jurídico al que pertenece, acudiendo si es necesario a soluciones jurisprudenciales. La aplicación en el espacio se efectuará tomando en consideración un criterio cuya fuente está en la propia ley de policía y no en la relación jurídica privada internacional. Ante una ley de policía extranjera el juez del foro no debe modificar, ni la sustancia ni el alcance del derecho imperativo de un Estado, o alterar su campo de aplicación cuando éste le parezca excesivo;

b) el juez del foro debe constatar claramente que la norma extranjera tiene una aplicación real en su país de origen y que quiere aplicarse imperativamente al caso;

c) se aceptará la aplicación de dicha ley de policía sólo cuando exista un vínculo estrecho entre la situación y la disposición en cuestión;

d) el fin perseguido por la ley de policía debe ser legítimo y no debe ocultar o subyacer un interés reprobable bajo dicha finalidad;

e) las modalidades elegidas por la ley de policía para asegurar la satisfacción de su objetivo también deben ser legítimas, ya que una cosa es el interés legítimo y otra las modalidades para llegar a él;

f) también las consecuencias de su aplicación deben aparecer como legítimas, el juez del foro deberá evitar un reconocimiento extraterritorial juzgado excesivo;

g) según la norma que se consulte las leyes de policía podrán no aplicarse sino ser tomadas simplemente en cuenta o en consideración, por el magistrado actuante. En tal caso la ley de policía extranjera podrá llegar a ser invocada como un hecho existente en el mundo exterior que podría volver imposible la ejecución del contrato o la resolución judicial.

37. Una existencia proficua de leyes de policía ataca uno de los objetivos más caros perseguidos por los Tratados y que se relacionan con la unificación de las reglas de conflicto. Si el objetivo perseguido es el de encontrar un equilibrio entre los antagonismos existentes, la búsqueda de este equilibrio no debería conducir a darle una preferencia sistemática a ninguno de los intereses en juego, no podría haber abusos, bajo pena de llevarnos a un desorden jurídico considerable. La idea de una jerarquía de normas continúa siendo un factor indudable de seguridad jurídica. Parecería lógico que si hay contradicción entre las políticas e intereses fundamentales de cada Estado éstos no deberían ratificar o adherirse a la Convención internacional. Y, en caso de producirse, luego de ello, debería renunciarla o renegociarla con la finalidad de permitir la actuación de sus leyes de policía. Y si se quiere realizar una neutralización puntual de las normas internacionales se puede elegir una tercera vía: la interposición de reservas.

## LA CREACIÓN DE LAS AUTORIDADES CENTRALES, UN PUNTAL INSUSTITUIBLE PARA FAVORECER LA COOPERACIÓN JURISDICCIONAL REGIONAL

38. Las Autoridades Centrales aparecen por vez primera en el ámbito de la Comunidad Británica de Naciones como un modo de cooperación instaurado entre las colonias y excolonias con la metrópoli. Luego, fueron tomadas por las Conferencias de La Haya, y por el espacio de integración económica denominado MERCOSUR. Se hace referencia a este órgano en muchas de las Conferencias de la C.I.D.I.P. (20), por lo que podemos afirmar que ha adquirido derecho de ciudadanía en el derecho internacional privado interamericano. También han sido incluidas en Convenios bilaterales que ha suscrito Uruguay con Argentina, Chile, Perú, España y otros países.

(20) Han recurrido a Autoridades Centrales las siguientes 10 Convenciones Interamericanas: prueba e información del derecho extranjero, restitución de menores, tráfico de menores, exhortos y cartas rogatorias y su Protocolo adicional, medidas cautelares y su Protocolo adicional, recepción de prueba en el extranjero y su Protocolo adicional, y la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia penal, suscrita en Nassau el 23 de mayo de 1992. Dentro del MERCOSUR tenemos 3 textos convencionales que hacen alusión a este organismo: el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurídica en materia civil, comercial, laboral y administrativa, el Protocolo sobre medidas cautelares, y el Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR.

Tal como las ha diseñado la C.I.D.I.P., estamos en presencia de órganos de naturaleza administrativa, no jurisdiccional, aun cuando estuvieren institucionalmente ubicados como órganos integrantes del Poder Judicial, y tampoco serían organismos diplomáticos aún cuando se encontraren emplazados dentro de la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores.

39. Las Autoridades Centrales tienen a su cargo las siguientes funciones:

*1)* *la de intervenir como órgano de tramitación de rogatorias*: recepcionando y remitiendo exhortos de y hacia el extranjero, sustituyendo a la vieja y lenta vía diplomática o consular. Las rogatorias que tramita pueden hacer referencia a un auxilio de mero trámite (citaciones, emplazamientos y notificaciones); a un auxilio probatorio en materia civil en el ámbito interamericano (ampliada por Convenios bilaterales suscritos por Uruguay al ámbito penal, contencioso administrativo y laboral); pero también a la cooperación en el campo cautelar (embargos preventivos y ejecutivos y medidas de seguridad sobre personas); y respecto a la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros,

*2)* *informar acerca del derecho extranjero a las autoridades nacionales así como el derecho nacional a las autoridades extranjeras.* Las Autoridades Centrales no informan acerca del derecho extranjero o del derecho propio a simples particulares, aún cuando fueren profesionales del derecho, sólo a las autoridades públicas nacionales o extranjeras y se limita a hacerlo acerca del *alcance, sentido y vigencia* de la norma, por lo que no está facultada para resolver el caso concreto. No es una fiscalía, su informe no es vinculante y sus asesores además ejercen su profesión de un modo liberal. Últimamente se le han ido agregando otras funciones como

*3)* *la cooperación en los casos de restitución y de tráfico de menores*: desarrollando una faceta muy parecida a la cooperación cautelar,

*4)* y también información sobre antecedentes penales.

40. La creación de la Autoridad Central en el campo de la cooperación jurídica internacional busca simplificar y hacerla más dinámica que las tradicionales vías diplomática o consular, judicial y particular.

La vía diplomática supone en Uruguay el desarrollo del siguiente trámite: 1) órgano exhortante, 2) Suprema Corte de Justicia, 3) Presidencia de la República, 4) Ministerio de Relaciones Exteriores, 5) Embajada del país exhortante en el Estado rogado, 6) Suprema Corte de Justicia del Estado rogado, 7) Órgano jurisdiccional rogado competente, para diligenciar la rogatoria, 8) Una vez diligenciado, el exhorto vuelve a recorrer esta cadena pero en un sentido inverso hasta volver al juez o tribunal exhortante, consumiendo así, en el mejor de los casos, de 3 a 4 meses en virtud de la multiplicidad de órganos intervinientes, de distintos Poderes y de distintos Estados.

La Autoridad Central, en cambio, elimina este pesado tránsito transformándolo para nuestro país de la siguiente manera: 1) Órgano requirente, 2) Autoridad Central del Estado del órgano requirente, 3) Autoridad Central del Estado del órgano requerido, 4) Órgano requerido, 5) y viceversa.

Esta vía tiene carácter oficial –por lo cual está eximida de legalización- al igual que la diplomática y consular, pero aventaja a esta última al ser más breve y dinámica. En relación con las otras vías de cooperación mencionadas –la particular y la judicial- la vía Autoridad Central posee la ventaja de no requerir legalización, por tratarse de una vía oficial, es tan rápida como la particular, y más económica, al no necesitar legalización que es preceptiva en los casos de tramitación por vía particular o judicial. Por esta razón esta siendo cada vez más utilizada dentro del sistema interamericano de cooperación internacional.

41. En Uruguay comenzó a funcionar bajo el entonces Ministerio de Justicia, gobierno de fuerza mediante, en el año 1981. Una vez restablecida la democracia en el año 1985, se consideró que la existencia de un Ministerio de Justicia no condecía con el estilo democrático de Uruguay en cuanto no respetaba el principio republicano de separación de poderes y al considerar que factores políticos podían interferir sobre dicho principio, por lo que al suprimirse el Ministerio de Justicia pasa a la órbita del Ministerio de Educación y Cultura, ubicación que mantiene hasta el día de hoy.

    Es un organismo centralizado y único con sede en la ciudad de Montevideo, sobre la Av. 18 de Julio frente a la Intendencia Municipal. Para obtener un funcionamiento eficiente de sus competencias se crearon valijas similares a las diplomáticas. Realmente son un éxito en el intercambio cooperacional con Argentina -país con el cual se tramitan unos 2.000 exhortos anuales- luego le sigue Brasil con 1.000 rogatorias anuales y en continuo crecimiento; con Paraguay casi no existe actividad cooperacional y tampoco con Bolivia. Con Chile se está acentuando la actividad de una manera importante y en cuanto a los países fuera de la región, el tráfico cooperacional es considerable con el Reino de España y con los Estados Unidos de América.

## CONCLUSIONES FINALES

42. A la coexistencia pacífica entre los monumentos convencionales del s. XIX y de los primeros 50 años del s. XX le ha sucedido la irrupción de un número cada vez mayor de Tratados multilaterales, de Convenios bilaterales y de leyes de fuente estatal. Esta situación plantea problemas de coexistencia los cuales se encuentran agravados debido a que los países del Río de la Plata no quisieron, por lo menos en una primera etapa, ir desplazando a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 por medio de la nueva normativa interamericana surgida de la C.I.D.I.P. Aparte de las cláusulas de compatibilidad y de jerarquización, no existen reglas claras y precisas para el magistrado en cuanto a qué textos deberán prevalecer en caso de presentarse un conflicto generado por una incompatibilidad de sus contenidos. El art. 1° de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979 sólo establece una solución para el caso de que entren en conflicto normas nacionales con normas convencionales de derecho internacional privado, haciendo prevalecer a estas últimas. Se trata de un criterio que hoy día luce demasiado acotado debido a que no tiene en cuenta la defensa de determinados valores protegidos en el escenario internacional, cualquiera fuere la jerarquía de la autoridad que lo proclamó. Y además, deja fuera de la solución, a las fuentes informales de producción de normas de nuestra disciplina, como por ejemplo, a los

principios generales de derecho y a la denominada *lex mercatoria.* Merecería, por tanto, que la doctrina regional formulara un replanteo de la cuestión desde el enfoque de nuestra propia especialidad que tiene sus propios objetivos y se rige por principios diferentes al puro relacionamiento entre Estados.

43. Si bien aparece en forma diáfana la consagración de un pluralismo metodológico a la hora de examinar el derecho internacional privado interamericano, se presenta como una tarea que no ha sido resuelta claramente por el derecho positivo –convencional y nacional- la determinación de los límites dentro de los cuales cada método puede actuar en forma legítima. Parece claro que en la actualidad la regla de conflicto bilateral clásica continúa teniendo el mayor reconocimiento en cuanto instrumento apto para resolver los problemas del tráfico externo de derecho privado. La presencia de normas materiales para la definición de las categorías y del punto de conexión ha ayudado a la regla de conflicto a tener una vigencia interamericana más firme. En cuanto a las normas materiales supranacionales existentes en el derecho privado internacional, se constata que sus posibilidades de actuación resultan muy acotadas debido a que las normas sustantivas no pueden regularlo todo y que aún cuando lo hicieran en un momento cronológico exacto, nada garantiza que aparezcan luego nuevos problemas que no ha previsto. Por esos motivos, debemos pensar en una convivencia y articulación entre las normas materiales y las reglas de conflicto más que en una sustitución de un método por otro (21).

44. Queda por resolver, entonces, el relacionamiento de la regla de conflicto bilateral clásica con las leyes de policía. Si las reglas de conflicto emergen de un Tratado y éste no ha contemplado la posibilidad de actuación de las leyes de policía, la utilización de estas últimas significa un atentado a la buena fe en el cumplimiento de sus soluciones, por lo que si las soluciones convencionales no se encuentran adaptadas para resolver los problemas de actualidad, cabría su denuncia y su renegociación. Si, por el contrario, el Tratado reconoce su existencia y admite su actuación, debe delinearse de forma muy precisa, cuándo procede su aplicación y bajo qué parámetros. El derecho positivo convencional ha sido muy vago al respecto y la doctrina regional no se ha dedicado a analizar el tema con detenimiento. Se trata, no obstante, de un punto extremadamente importante por cuanto consideramos que detrás de las leyes de policía se esconden juegos de fuerza, de poder, sobretodo en el campo económico, que los países americanos no deberían aceptar sin un sentido crítico.

45. Las relaciones entre el derecho interamericano legislado y el derecho espontáneo extraestatal no han sido claramente marcadas por el derecho positivo, por lo que cabe aunar esfuerzos en la doctrina para proponer soluciones uniformes. Ya hay algunos avances, Panamá ha acogido a los *Principios aplicables a los contratos internacionales* de UNIDROIT; y Venezuela ha reconocido la actuación de la denominada *lex mercatoria.* Pero la posición general de la doctrina en la región no es tan clara, pues se teme que detrás de este rótulo no se encuentre una realidad social viva y palpitante sino un caballo de Troya que legitime aquellas soluciones económicas que quieran imponer los países desarrollados o sus grupos económicos a aquellos que se encuentran en vías de desarrollo.

(21) Por ese motivo se creó en Ginebra, el 7 de junio de 1930, una Convención conteniendo una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés y en forma simultánea otra "destinada a regular algunos conflictos de leyes" en esa materia. La misma estrategia se adoptó con la finalidad de regular los cheques, el 19 de marzo de 1931.

46. Resulta indudable que el campo del derecho procesal internacional es el que ha salido favorecido a través de este proceso de codificación interamericano, sobre todo en el área de la cooperación, con el reconocimiento y la consolidación de la actuación de las denominadas Autoridades Centrales. Es el que ha dado las mayores satisfacciones. De todos modos, la doctrina tiene todavía mucho para hacer en las otras áreas ya mencionadas, en beneficio de la codificación del derecho internacional privado interamericano, procurando diseñar pautas para la instauración de un diálogo permanente entre los métodos, entre las fuentes y entre las normas de diferente jerarquía, con el objetivo de aspirar no sólo a la coexistencia sino, más bien, a una colaboración que satisfaga aquellos objetivos específicos de nuestra disciplina.