

# EL ROL DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

por

*RUBEN B. SANTOS BELANDRO*

## INTRODUCCION

1. Según las palabras de un erudito colega<sup>(1)</sup>, las teorías tradicionales del derecho internacional privado han limitado su objeto únicamente al funcionamiento del derecho estatal. De manera muy coherente, dichas doctrinas centradas sobre el Estado, han tomado siempre apoyo sobre un orden jurídico estatal determinado. Y recordando a las escuelas tolomeicas, sostuvo que dicho ente aun hoy, ocuparía una posición central, análoga a la que se le atribuía a la Tierra en la cosmología antigua. Sin embargo, para el mismo, una visión puramente estatista de esta disciplina sería inadecuada en cuanto desdeñaría numerosas "galaxias" no estatales.

2. En el Nuevo Mundo, la participación del Estado en la regulación de las relaciones privadas extranacionales ha tenido una gravitación tal, que ha producido precisamente ese fenómeno señalado por el Profesor Rigaux. Por ese motivo, y atendiendo a estas peculiaridades, creemos oportuno realizar algunas reflexiones sobre lo que el Estado en Latinoamérica pensaba de sí mismo como agente productor de derecho -y especialmente de derecho internacional privado- y en última instancia, como regulador de todos los fenómenos sociales, políticos y económicos. Ello conducirá a vía de consecuencia, a considerar el rol que desempeña la sociedad civil y el individuo en la tarea de coparticipación en la regulación jurídicas de las relaciones humanas.

3. No resulta claro para muchos autores<sup>(2)</sup>, si el propio fenómeno estatal -hoy tan omnipresente- ha sido el fruto de una lenta y continua evolución o si por el contrario, se trata de un hecho nuevo que nació en una época relativamente reciente, para configurar una forma de ordenamiento político diferente a los anteriores y para

---

<sup>(1)</sup> Rigaux, François: Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, 213, Recueil, 1989, I, pág. 26.

<sup>(2)</sup> Ver al respecto: Bobbio, Norberto: Estado, Gobierno y Sociedad, México, 1991, pág. 86 y ss. Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo: Sociedad y Estado en la filosofía moderna, México, 1986. Brancourt, Jean-Pierre: De los "estados" al Estado. Evolución de un vocablo. II. APHD, 1976.

el cual las antiguas denominaciones resultaban insatisfactorias. Esta última orientación destaca la originalidad del fenómeno, agregándole al vocablo Estado el calificativo de moderno, por medio del cual se destaca la conciencia de una época nueva vinculada fundamentalmente con la idea de organización, de futuro y de progreso.

4. Lo cierto es, que el vocablo se impuso por la difusión y el prestigio de la obra *El Príncipe* de Maquiavelo. En los siglos XV y XVI -época tan germinal tanto para el derecho internacional privado como para la estructura estatal- se pasa del término status equivalente al de situación, al de Estado en el sentido moderno de la palabra: la máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder de mando sobre sus habitantes. Su perfil aparece más claro, cuando se sale de la situación larvaria propia de las repúblicas italianas y monarquías medioevales y logra que el cuerpo social considere como idea hegemónica al vínculo político como elemento de unión, antes que cualquier otro lazo social. El surgimiento del Estado era imposible en las etapas históricas anteriores debido a que el sueño de la Europa medioeval era unitario: unidad de creencias y recuerdo del Imperio. El Estado moderno surgirá cuando se rompe con la solidaridad fraterna entre *filius*.

5. Para Max Weber<sup>(3)</sup>, el Estado ha sido una creación original del espíritu europeo -y por lo tanto, propia del mundo occidental- el cual se encontró comprometido luego de la Edad Media, en un proceso de racionalización creciente de la vida. Por lo que la formación del Estado ha arrastrado a la tarea de racionalización del derecho. Esta nueva entidad privilegiará tres aspectos. En primer término, el del territorio<sup>(4)</sup>, intentando establecer límites geográficos estrictos e intangibles, favoreciendo la idea de nación. En segundo lugar, desde sus comienzos también, acuñaría la idea de soberanía, la que no admitía divisiones ni reservas salvo las provenientes de los acuerdos internacionales. Se privilegió de tal manera este aspecto, que se llegó a sostener que era la soberanía el elemento definidor del Estado, identificándose, al fin y al cabo, ambos conceptos. La soberanía implicaba un poder absoluto, perfecto y entero -la plenitud del poder en suma- y en consecuencia, sin grado de superioridad, salvo pacto internacional. Ella permitía la formulación de leyes válidas y obligatorias para todos los miembros de la colectividad sin discriminación alguna. Y el tercer aspecto se encuentra constituido por la exclusividad del derecho positivo. El derecho se va reduciendo al conjunto de las leyes dictadas por la autoridad soberana, el cual vale dentro de esos límites. Esta asimilación del derecho al conjunto del derecho positivo -a la usurpación del derecho por la ley- le permitirá al Estado ocupar totalmente a la sociedad, en el sentido de un Estado totalizador. Al concebirse al orden jurídico como un sistema cerrado y

<sup>(3)</sup> Weber, Max: *Economía y Sociedad*, México, 1983, pág. 192 y ss.

<sup>(4)</sup> Freund, Julien: *L'ennemi et les tiers dans l'Etat*. 21. APHD. Genèse et déclin de l'Etat, 1976.

consistente, que contenía todas las soluciones para todos los casos sometidos al juez, el positivismo no pudo acomodarse a una división del hontanar jurídico. Existe una imposibilidad lógica de tolerar al pluralismo, puesto que si abandonaba el monopolio normativo desaparecería la coherencia. En definitiva, se excluía a toda regla que emanare de un órgano no estatal.

6. Este modo de organización política que surgió en el Renacimiento y que se perfeccionará en la época del Iluminismo mediante la elaboración de una teoría de la racionalización del derecho, ya se encontraba trazada en sus líneas más importantes cuando los países de nuestro continente acceden a su independencia política. Dicho proyecto tuvo influencias notables en América Latina. Y salvo en dos casos que en realidad no tuvieron consecuencias ni en sus propios países -como México y Brasil, donde se intentó implantar la monarquía- en el resto de la región se asimilaron de una forma por demás auténtica los ideales de la Revolución Francesa y a través de ella, del proyecto de organización política de la sociedad. Ya en el período fermental de los movimientos emancipadores surgieron voces invocando la necesidad de regular adecuadamente las relaciones jurídicas privadas internacionales mediante la elaboración de acuerdos entre Estados.

Tal invocación respondía a necesidades y exigencias del momento. En primer lugar, favorecer el reconocimiento mutuo de las soberanías, de las fronteras precisas de cada Estado y en base a ello, de regular tales relaciones privadas por el orden jurídico más afectado por su decurso. Se intentó en suma, proteger al orden jurídico ya establecido mediante una práctica legal de las reglas de juego, acudiendo a normas fijas y predeterminadas en forma colectiva. Los instrumentos a utilizar serán la racionalidad, la lógica, la sistemática, lo universalmente válido, la continuidad, la estabilidad y el equilibrio mutuamente convenido.

## **EL ESTADO COMO INSTRUMENTO DE LA RACIONALIDAD JURIDICA**

7. Weber<sup>(5)</sup> sostenía que el Estado era el producto de un proceso de racionalización creciente de la vida en Occidente. El derecho moderno perseguía el sueño de un orden que no se impondría al hombre por ninguna fuerza externa sino por su propia razón. El Libro Preliminar del Código Civil francés del Año VIII, en su artículo 1o. enfatizaba que existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas, es la razón natural, en tanto que ella gobierna a los hombres<sup>(6)</sup>. Este proceso de racionalización invadió el derecho, dando nacimiento a la administración especializada y a la codificación. La racionalidad llevó de la mano a la idea

<sup>(5)</sup> Weber, Max, op. cit. supra.

<sup>(6)</sup> Villey, Michel: Préface historique. 23. APHD. Formes de rationalité en droit, 1978.

de sistematicidad: el derecho debe ser uno y total, transformándose rápidamente en un sistema donde todas las partes son coherentes.

8. Por su recepción en nuestra región, es importante destacar que el Estado tendió a considerar a la sociedad formada por individuos y no por otras asociaciones o sociedades subordinadas, también con poderes<sup>(7)</sup>. La voluntad general sería la expresión global de las voluntades individuales, excluyéndose toda representación o asociación intermedia. Al final de la Revolución Francesa, Le Chapelier afirmaba que sólo existe el interés particular de cada individuo y el interés general. La sociedad era concebida como una colección de individuos, en tanto que en el Estado reposaba el interés general. En dichos momentos, la función del poder público era la de policía. La técnica era la de la orden, o sea, modelos de dirección autoritarios de las conductas humanas que puede resumirse en esta idea: a los Estados la ley, a los particulares el contrato.

9. En este enfoque, el derecho debería tender a ser tan racional como fuere posible. El ideal del Iluminismo sería el de un orden jurídico que no se impusiera por ninguna fuerza externa sino por la razón íntima del hombre. Sería la razón la que tendría por tarea acordar a cada uno su parte en el bien, mediante un procedimiento imparcial y científico, lo que conduciría concomitantemente a dar satisfacción tanto a la justicia formal como a la material. Se trataría de aplicar al derecho el método geométrico, donde habría una continuidad lógica entre los axiomas, las definiciones y los corolarios con las respectivas consecuencias y deducciones. El hombre del siglo XVIII era concebido como un individuo dispuesto a elegir su comportamiento siempre de una forma racional.

10. Resulta importante destacar, que la razón provocaba una unidad en los fines mediante la búsqueda de verdades universalmente válidas. Pero también una unidad en los medios, en cuanto a la elección del conjunto de métodos y de normas necesarios para cumplir dicha actividad. Todas las cosas estarían unidas entre sí conformando un universo armonioso, excluyéndose los elementos irracionales y subjetivos. Desde un punto de vista metodológico, habría que partir de la definición completa de la esencia de una cosa o tomar en cuenta un axioma o postulado, para descender por medio del silogismo, al caso concreto, cumpliendo el juez una función mecánica. En el arquetipo planteado por el Código napoleónico, el juez debía juzgar según la ley y no hacerla. Debería evitar el análisis del contenido social y ético de las normas examinadas, no debiéndose preocupar por la búsqueda de lo justo ya que de lo contrario, habría un escape al pensamiento del Estado en el cual dicho funcionario se encontraba inserto, abriendo vías a su posible cuestionamiento<sup>(8)</sup>.

<sup>(7)</sup> Freund, Julien, op. cit. supra.

<sup>(8)</sup> Cuando Maleville -uno de los redactores oficiales del Código Civil francés- publica en 1804 el *Analysis*

## PRIMER CONTRAGOLPE EN FAVOR DE LA RESTAURACION DE LOS VALORES IRREFLEXIVOS: SAVIGNY

11. Alemania también fue permeable a los ideales de la Revolución Francesa. Fruto de esta influencia, fue el movimiento iniciado en 1814 por Anton Friedrich Justus Thiebaud en favor de la codificación del derecho alemán, con todos los componentes sistemáticos y racionalistas que ello suponía. La escuela histórica reaccionó frente a esta proposición y lentamente se fue presentando como un movimiento general contra el proceso de racionalización y el espíritu revolucionario. Al oponerse a la codificación, en última instancia rechazaba la filosofía estatista y legislativista que subyacía en las ideas de Thiebaud.

12. Tomando posición en el problema, esta escuela se presentó como una corriente de restauración de los valores irracionales o irreflexivos<sup>(9)</sup>, como la manifestación de un deseo de retorno a la tradición y a la adopción de una actitud más conservadora. El racionalismo enseñaba la existencia de una marcha progresiva del espíritu humano hacia una libertad cada vez más acrecida y a una emancipación respecto de las autoridades religiosas y políticas. En su lugar, el romanticismo alemán defiende los valores históricos: la fidelidad a la tradición y a la costumbre, consideradas como superiores a la razón.

13. Asimismo, se sustituye una explicación mecánica del mundo por una comprensión orgánica. La noción de organismo vivo, hace del Estado un concepto tal que convierte en superflua la actividad del legislador. En suma, se intenta una restauración de las nociones de jerarquía y de obediencia, en reacción contra las de emancipación y de progreso propias del Iluminismo. Es una revalorización de las tradiciones y costumbres en reacción contra las aberraciones de la razón. Hay una rehabilitación del medioevo, adjudicándose una mayor importancia a los valores históricos. En suma, se sustituye una visión mecanicista del mundo surgida del cartesianismo, por una visión organicista.

14. No obstante lo expresado, la escuela histórica no se presentó totalmente uniforme en sus planteos. Dentro de ella, se perfiló por un lado, la orientación de inspiración romanista, renovadora de la ciencia jurídica alemana, con un enfoque predominantemente sistemático-deductivo y que configuraba en cierta medida el pensamiento de Savigny. Pero por otro lado, se delineó la corriente defendida por Charles Frederic Eichorn, Baseler y Grimm con una orientación empírico-inductiva

---

raisonnée du Code Civil, se dice que Napoleón exclamó con desesperación *Mon Code est perdu!*. Arnaud, André-Jean, *Les juristes face à la société. Du XIXe. siècle à nos jours*, Paris, 1976, pág. 47.

<sup>(9)</sup> Dufour, Alfred. *Rationnel et irrationnel dans l' Ecole du Droit Historique*. 23. APHD, 1978, op. cit. supra. Ver También Alfonsín, Quintín. *Savigny. Notas sobre su sistema de derecho privado internacional*. RFD, Año II. N° 4, Montevideo. *Ibidem*, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1982, pág. 123 y ss.

que permite partir de la realidad para luego elevarse hacia la reflexión especulativa. En síntesis, una corriente romanista que tendería a privilegiar la ciencia del derecho o el derecho sabio -derecho de los juristas- expresión de la conciencia de los intérpretes calificados del derecho popular en las épocas más civilizadas y confundido en gran parte con el derecho romano. Y la corriente germanista, que realzará por tal motivo, al derecho consuetudinario como una expresión inmediata del derecho popular. Pero en ambos casos, hay un exigencia de redefinir la función legislativa, ya sea frente al derecho sabio o ya frente a la costumbre nacional.

15. El pensamiento jurídico de dicha escuela se centró en tres conceptos claves. En primer lugar, en la noción de pueblo (volk), considerado como una unidad natural y jerarquizada en clases y órdenes distintos. En segundo término, en la consideración del derecho consuetudinario como una expresión o un producto de la conciencia popular. Con ello se intentaba destacar que la formación del derecho es originariamente irreflexiva. Y al aproximar el derecho al pueblo, se intentaba reabsorber la noción de fuente formal en la de fuente material. Y por último, en el concepto de desarrollo orgánico de la sociedad y subsecuentemente, del derecho. El derecho es un aspecto de la vida de un pueblo, que se encuentra inseparablemente unido a otros aspectos y actividades como la lengua, las costumbres y el arte.

Por este motivo, no hay ninguna existencia humana que sea plenamente singular y perfectamente aislada, como pretendía el Iluminismo. Lo particular debía ser considerado como parte de una totalidad que en realidad lo sobrepasa. Se le criticaba al Iluminismo el hecho de que cada época no crea para ella y con total libertad, su universo propio, sino que lo hace en relación con el pasado. Cada hombre debe ser necesariamente concebido como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado, etc. y cada época de un pueblo es igualmente la continuación y el desarrollo de épocas pasadas. Por ello, cada una contiene algo impuesto por el pasado y algo libre debido al acontecer de un presente nuevo y distinto.

16. En la profunda concepción organológica de esta escuela, las reglas jurídicas que forman el derecho de un pueblo, constituyen un todo orgánico que se explica por la emanación del espíritu de dicho pueblo. Por lo tanto, se habla de otra clase de racionalidad, de una en la que las reglas se coordinan naturalmente en una realidad orgánica, como lo hacen los miembros con el todo corporal. En ese sentido, el derecho tiene algo de racional, ya que necesariamente se vuelve un todo sistemático que hace que las reglas se condicionen mutuamente y que de la existencia de una, sea posible concluir la de la otra.

17. Para Savigny, la tarea sistémica no debía ser considerada como una simple puesta en orden de carácter formal según criterios lógicos, sino que por el contrario había que relacionar la diversidad sincrónica en su unidad inmanente. Este pensa-

miento, lleva a la genealogía de los conceptos, puesto que quien posea el conocimiento sistemático podrá ver la naturaleza interna de las reglas jurídicas y profundizar los lazos de parentesco de los conceptos siguiendo de este modo, la filiación de los mismos, tanto en línea ascendente como descendente, posibilitando tanto un enfoque metodológico conceptual-deductivo como empírico-inductivo. Pero en definitiva, al calcular el jurista con conceptos, permite, en última instancia, que el legalismo no sea descartado sino aplazado, debido a que se presenta como un diseño instrumental óptimo para el positivismo legalista en cuanto éste quiere privilegiar un derecho seguro sobre la tarea pragmática basada en la prudencia del juez en la búsqueda de la realización de un cierto contenido valorativo.

18. En cuanto a las fuentes<sup>(10)</sup>, esta escuela consideraba que la ley no puede ser considerada como la única fuente del derecho, ni siquiera la principal, por lo que creen en su imposibilidad de resolverlo todo. El mismo Estado se encontraría limitado, puesto que se halla fundado sobre el derecho, debido a que su poder tiene necesidad de un fundamento jurídico. El produce el derecho, pero no está ahí la génesis original del derecho. El derecho es engendrado de la misma manera que la costumbre, por el uso y la opinión del pueblo, luego por la jurisprudencia. Resulta en suma, producido por fuerzas internas, silenciosas y de manera alguna por el arbitrio del legislador. Dicha génesis invisible del derecho positivo, obliga a renunciar a toda prueba documental. A esta forma de creación del fenómeno jurídico viene a agregarse -pero sólo para completarlo y sostenerlo- la legislación y la ciencia jurídica. Constituyen el hontanar de lo jurídico, la convicción inmediata del pueblo, la legislación y la ciencia jurídica.

19. No obstante, aún cuando Savigny parte de la defensa del principio del derecho del pueblo, lentamente va dando cada vez un mayor relieve al derecho sabio y a la legislación, argumentando la necesidad de darle una forma exterior a ese derecho popular de manera que se haga reconocible por todos y de ponerlo más allá de todas las opiniones individuales, con lo que se facilitarían, la represión de toda injusticia. Es así que en determinado momento, el autor alemán considera a la ley como uno de los más nobles atributos del poder supremo del Estado. Y termina concluyendo que la legislación no completa al derecho positivo sino que busca una acción más grande sobre el desarrollo progresivo del derecho, puesto que si la fuerza creadora de lo jurídico se retirase del pueblo, sería en los órganos legislativos en donde continuaría subsistiendo. Suponemos que esos períodos de agotamiento serían transitorios puesto que de lo contrario caería su teoría defensora de los aspectos irreflexivos.

---

<sup>(10)</sup> Dufour, Alfred. *Les théories des sources du Droit dans l' Ecole du Droit Historique*. 27. APHD. "Sources" du droit. 1982.

20. Como contracara al proyecto iluminista, el esquema savigniano atestigua un innegable pluralismo de las fuentes jurídicas, lo que posibilita la autonomía creadora de los grupos sociales fuera e independientemente del Estado. Savigny rechazaba el planteo racionalista que lo reduce todo a un conjunto de principios intemporales. Lo importante no son los principios eternos sino los contenidos históricos que deben desplazar al saber jurídico-matemático y lógico. Por ello, no se deja de lado lo histórico, puesto que el derecho debe verse como una dimensión del existir de los pueblos, aunque el concepto de pueblo sea utilizado más en un sentido metafísico que empírico-sociológico. Con estas ideas básicas, se opone a considerar al derecho como un simple instrumento de la voluntad estatal y del arbitrio político.

21. ¿Pudo realmente Savigny concretar su deseo de estudiar y sobretodo mantener al derecho vivo? Ollero<sup>(11)</sup> señala que a Savigny le faltó un análisis profundo de la relación entre Estado, ley y derecho. La debilidad de su pensamiento estriba en no plantear los mecanismos de funcionamiento del derecho del pueblo. Porque si bien la ciencia jurídica tendría -como él pensaba- el cometido de filtrar científicamente a la costumbre, este proceder lleva insito el peligro de que desplazara la labor de intérprete para ponerse al servicio del legalismo, que fue lo que en realidad sucedió en años posteriores. Savigny expresa claramente el fenómeno de las fuentes y de los métodos en el ámbito jurídico, pero no se decidió por adjudicarle al juez la tarea no sólo de aplicación de la norma legal general al caso concreto sino igualmente, la de replantear en cada momento la opción teleológica y valorativa que presidió en su momento la propuesta legal, que permitiría continuar de este modo, el desarrollo de la labor de creación jurídica.

22. Por su concepción acerca del fundamento ético del derecho constituida por la promoción del bien común o del interés público, tuvo un profundo rechazo a todo utilitarismo<sup>(12)</sup>. Para satisfacer dicho bien común, bastaba con la delimitación formal de la esfera de libertad de todos los individuos. Cuando él examina al derecho objetivo constata que en ciertas normas puede haber oposición entre el elemento general y el particular y en las que se hace prevalecer este último elemento por ratio utilitatis. Lo ejemplificaba con los casos de protección concedida a las mujeres y a los menores o a ciertas clases sociales y las garantías dadas al comercio. Como creía que el derecho objetivo debía de ser puro y sin mezcla (*strictum ius, aequitas*) toda combinación con principios extraños a su campo que condujera a la creación de reglas utilitarias deberían ser calificadas de anómalas y pensaba que con el transcu-

---

(11) Ollero, Andrés: Interpretación del derecho y positivismo legalista, Madrid, 1982, pág. 77 y ss.

(12) Savigny, Karl von: Sistema de Derecho Romano actual versión española aparecida en Madrid en 1879, Vol. I, XV, pág. 52.

rrir del tiempo, la utilitas se iría lentamente asimilando en el concepto mayor de la ratio iuris.

23. Sus vacilaciones respecto de la labor interpretativa fueron elocuentes. Le resultó difícil admitir que cuando es insuficiente la interpretación estrictamente legal, hubiera que recurrir al valor del resultado puesto que ello sería sostener que la interpretación podría ser un trabajo de valoración originariamente creativa. Ollero afirma con acierto, que la vida jurídica no es sistemática sino problemática debido a que se encuentra dotada de una historicidad que se resiste a ser encerrada en sistema alguno, por lo que la labor interpretativa debería tener en cuenta tanto el transcurso histórico como las propias características del supuesto de hecho concreto. Con el objetivo de impedir la ruptura del diálogo entre el texto y el caso en el sistema savigniano, debió haberse definido los criterios que hubieran permitido la aproximación de la norma encerrada en la ley a la norma sugerida por el supuesto de hecho. Sólo mediante un juego dialógico, progresivo, de aproximación, obtendríamos un derecho permanentemente vivo. Sin percibirlo claramente, Savigny diseñó una ciencia jurídica formalista, en la que el espíritu del pueblo se fue trasladando al Estado, el cual pasó a ocupar el lugar de la conciencia popular y en donde los contenidos jurídicos fueron sustituidos por lo puramente formal<sup>(13)</sup>.

### **LA RACIONALIDAD JURIDICA AL SERVICIO DEL ESTADO: EL NEO-TERRITORIALISMO RIOPLATENSE**

24. Acompañado de otras notables figuras de la época, el uruguayo Gonzalo Ramírez esbozó una escuela de pensamiento que si bien se declara abiertamente solidaria con los postulados savignianos, en realidad traza una doctrina formal al servicio del Estado. Este hombre nacido en 1846 obtuvo su Licenciatura en Jurisprudencia a los 22 años de edad aunque nunca llegó a doctorarse. A los 23 años fue designado catedrático de Derecho Penal y a los 27 años se convirtió en Rector de la Universidad Mayor de la República, inaugurando la cátedra de Derecho Internacional Privado en 1889.

25. La separación de Savigny en algunos aspectos, se encontraba justificada puesto que Ramírez fue un racionalista confeso. En 1872 fundó junto con Justino Jiménez de Aréchaga, Carlos Ma. de Pena, José Pedro Ramírez, Juan Carlos Blanco, Carlos Ma. Ramírez, Pablo de María, Eduardo Acevedo Díaz, Duvimoso Terra y Teófilo Gil, el "Club Racionalista". Su pensamiento filosófico fue espiritualista, liberal y anticlerical, impulsando en 1877 en el Ateneo de Montevideo, el denomina-

---

<sup>(13)</sup> Puede verse sobre el punto el Capítulo X El Pensamiento de Savigny y su influencia sobre el neo-territorialismo de América del Sur, en Santos Belandro, Ruben: Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Montevideo, 1991, pág. 135.

do “Movimiento Librepensador, Racionalista y Espiritualista”. A la par que racionalista, se manifestó en dicho momento, un simpatizante del positivismo<sup>(14)</sup>. Esta brevísima reseña justifica y hace comprensible las críticas que él y sus discípulos le dirigen al maestro alemán.

26. Nuestra materia ha sido concebida como bandera de lucha y de defensa de ciertos valores considerados como fundamentales en numerosas oportunidades. Baste recordar el pensamiento de hombres como D’Argentré, los Voet, Hüber, para dar sentido a nuestra afirmación. Pues bien, en los países del Río de la Plata el derecho internacional privado llegó a constituirse en un elemento de preservación de la identidad de las colectividades políticas al regular las relaciones jurídicas privadas extranacionales. Ahogadas aun por la angustia de la precariedad de sus independencias políticas, ansiosas del futuro que pudiera proporcionarles el relacionamiento entre sí, la búsqueda respectiva de la identidad nacional, la defensa de sus respectivos territorios por medio del reconocimiento de fronteras seguras, todo ello provocó la eclosión del movimiento doctrinario que hemos dado en llamar neo-territorialismo platense<sup>(15)</sup>.

27. Conociendo muy de cerca dicha realidad, Ramírez había concebido la idea de unificar los métodos y las doctrinas de los distintos sistemas jurídicos americanos en lo que tuviera atinencia con el derecho internacional privado. Por sobre todas las cosas, deseaba encontrar la clave de la unificación anhelada mediante la consagración de un principio común e inmutable y lo halló finalmente en la formulación de un sistema neo-territorial. Carrió<sup>(16)</sup> señala que Ramírez se inspiró en Savigny aunque modificándolo en parte. La unicidad de soluciones no debe esconder la

<sup>(14)</sup> Williman, José Claudio: Gonzalo Ramírez, Instituto Artigas del Servicio Exterior, Montevideo, 1988.

<sup>(15)</sup> Santos Belandro, Ruben: Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, op. cit., pág. 142 y ss.

<sup>(16)</sup> Sobre la escuela racional-positivista delineada por Ramírez puede verse en nuestro país, en orden cronológico: Díaz Sampayo, Eduardo: Las sucesiones en el derecho internacional privado, Montevideo, 1883. Garzón, Pedro E.: De las quiebras ante el derecho internacional privado, Montevideo, 1884. Ramírez, Gonzalo: Derecho Jurisdiccional Internacional. El estado y la capacidad de las personas. Anales de la Universidad, Año I, T. II, 1892, pág. 762. Ibidem. El derecho procesal internacional en el Congreso Jurídico de Montevideo, Montevideo, 1892. Ibidem. El derecho internacional privado, Anales de la Universidad. Año I, T. II, 1892, pág. 640. Ibidem. Ley aplicable a los actos jurídicos del punto de vista del derecho jurisdiccional internacional privado, Anales de la Universidad, Año II, T. III, 1892, pág. 296. Legal, José Tomás: Derecho Internacional Privado de los actos jurídicos. Montevideo, 1893. Vázquez Varela, Ramón: El estado y la capacidad de las personas en derecho internacional privado, Montevideo, 1894. Martínez Páez, Amabilio: El derecho internacional privado jurisdiccional. Anales de la Universidad, Años III y IV, 1894, pág. 62. Méndez del Marco, Juan A.: Derecho Internacional Privado de la unidad y pluralidad de las quiebras. Montevideo. Brignole, Atilio C.: El derecho internacional privado y sus fundamentos. Tesis, Montevideo, 1894. Berro, Mario: El matrimonio. Anales de la Universidad. Año IV, T. VI, 1894, pág. 281. Aguerrebere, Salvador: Derecho Civil Internacional. Sucesiones. Anales de la Universidad, T. VI, 1894, pág. 513. Arocena, Alfredo: Los actos jurídicos en el derecho internacional privado. Tesis. Montevideo, 1896. Ferrando y Olaondo, José: Actos jurídicos. (Derecho Internacional Privado), Montevideo, 1896. Sienna, Jorge: Derecho Internacional Privado. Montevideo, 1901. Carrió, V. M.: Apuntes de derecho internacional privado, Montevideo, 1911. Varela, José P.: Apuntes de Derecho Internacional Privado, s/f. Vargas Guillemette, Alvaro: Tres cuestiones

diferencia fundamental que separa a esta doctrina del pensamiento del maestro alemán. Lejos de buscar -según la expresión de Jitta<sup>(17)</sup>- la expansión de la relación jurídica, ella perseguía la búsqueda de un sistema apto para distribuir soberanías independientes e iguales. Basándose en la idea de la comunidad de derecho, aquél afirmó que esta comunidad no consiste en una uniformidad sustantiva de todas las leyes -a todas luces impracticable para él- sino en una comunidad de principios dirigentes, en suma, en una regla común. Las naciones deberían tener un principio aceptado por todos con la finalidad de evitar los conflictos entre sus distintas leyes, pues el derecho internacional no debe resolver problemas (sustantivos) de legislación, los cuales son atribución exclusiva de cada soberanía, sino cuestiones de jurisdicción internacional. Nuestra materia se constituiría en algo así como un Código de Procedimientos cuya función no sería la de averiguar la mejor ley que ha de regir a la relación jurídica sino únicamente determinar la jurisdicción competente y la ley aplicable. Esto nos lleva a la conclusión de que la razón práctica a falta de contenidos universalmente válidos debería apoyarse exclusivamente en lo formal. Atribuir al derecho internacional privado el simple objetivo de reparto de las competencias legislativas parecía reducir la regla de conflicto a una pura función de agente señalizador del tránsito -en este caso de la relación jurídica- impermeable a una visión con un contenido sustantivo del método de los conflictos de leyes. Esta tesis de la concepción repartidora le atribuía un carácter exclusivo a la localización de la relación de conflicto, fundado sobre la naturaleza de las cosas o sobre el carácter imperativo de la regla de reparto a la que se le adjudicaba la calidad de un principio superior<sup>(18)</sup>.

28. Para esta corriente, el gran mérito del maestro alemán consistió en haber sido el primero que expresó que el derecho internacional privado debía resolver los

---

jurídicas, Montevideo, 1928. *Ibidem*. Criterio de solución de los llamados conflictos de leyes en su relación con los Tratados de Montevideo de 1889, Montevideo, 1928. *Ibidem*. Codificación nacional de derecho internacional privado, Montevideo, 1943. Fuera de Uruguay puede consultarse: Vareilles-Sommières: *La synthèse du droit international privé*, Paris, 1897. Vol. I. Aubry, J.: *De la notion de territorialité en droit international privé*. 27. *Journal*, N° VII-IX, 1900 y 1902, Bonnichon, André. *La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois*. *Rev. Critique*. 1949 y 1950. Miñaje de la Muela, Adolfo: *La nueva escuela territorialista francesa en derecho internacional privado*. REDI. 1949. II. pág. 403. Louis Lucas, Pierre: *La territorialité du droit et les tendances nouvelles en ce sens*. *Travaux*, 1934, 1935. *Ibidem*. *L'imperieuse territorialité du droit*. *Rev. Critique*, pág. 633. *Ibidem*. *Conflits des méthodes en matière de conflits de lois*, *Journal*, 1956. Más recientemente tenemos a Samtleben, Jürgen: *Territorialismo de leyes en América Latina*. 1er. Seminario Nal. de DIP, México, 1979, pág. 171. *Ibidem*. *La relación entre el derecho internacional público y privado* en Andrés Bello. 14. *Jurídica*, 1982, pág. 167. Pereznieto Castro, Leonel: *Notas sobre el principio territorialista en el derecho mexicano*, UNAM. México, 1982. 2a. edic. *Ibidem*. *La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine*, 190, *Recueil*, I, pág. 127.

(17) Jitta, J.: *Método de Derecho Internacional Privado*, 1890, Traducción de Fernández Prida, pág. 18.

(18) Según Gutzwiller en estas teorías, todo es método, todo reside en el planto de las cuestiones, todo queda en el marco y nada, o casi nada, en la búsqueda de un resultado concreto determinado. Citado por Frédéric Leclerc: *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruxelles, 1995, pág. 46.

conflictos suscitados entre la soberanía territorial de un país y la soberanía territorial de otro y no entre la soberanía territorial y la soberanía personal. Y justamente, según él, el sistema territorial proporciona la regla para la aplicación de esa ley única, partiendo de la base científica de que la soberanía es territorial.

29. Sin embargo, los autores rioplatenses se apartaron de su maestro en una cuestión importante. Savigny consideraba que la determinación de la jurisdicción era una cuestión secundaria ya que lo que importaba era encontrar el *sitz* o asiento de la relación de acuerdo a su naturaleza propia y esencial. En base a la comunidad jurídica de convicciones, se llegaría a que cualquiera fuere la jurisdicción que atendiera en el litigio, se obtendría siempre el mismo resultado jurídico. Si bien Ramírez sostuvo que la ley de la soberanía que resulte más afectada por el decurso de la relación jurídica privada extranacional es a la que se le debe reconocer la aptitud para regularla, a continuación concluye que en cuanto a la jurisdicción competente, deberían entender los tribunales de esa misma soberanía, implantando así un paralelismo que no se encontraba en la mente del maestro. De este modo, se instaure un sistema territorialista cerrado, que en la mayoría de los casos excusa cualquier consulta al orden público internacional.

30. Habiendo admitido Ramírez que la idea clave de Savigny era acertada en cuanto se intentaba determinar para cada relación, la aplicación del derecho más conforme con su naturaleza propia y esencial, sin embargo consideró que le faltó al maestro fijar el precepto permanente, el principio dirigente, el móvil que fija a la relación, la guía y la pone en movimiento. Brignole señala que Savigny reconoció la generación del principio territorial presidiendo a nuestra ciencia, pero no se atrevió abiertamente a la admisión del principio y no lo proclama. Sólo faltaba pues completarlo, quedaba por fijar el principio territorial a fin de aplicarlo como regla general para la resolución de las cuestiones de la materia. Haciendo ésto, su doctrina adquiere un poder de síntesis notable, facilitando el contradictorio y oscuro problema de las colisiones.

31. Ahora bien, las leyes territoriales pueden ser muchas: la *lex fori*, la *lex rei sitae*, la regla *locus regit actum*, la *lex domicilii*, etc. La ley de situación de los bienes sería la ley territorial por excelencia. Si bien puede haber una gran variedad de leyes que pueden atribuirse la calificación de territoriales, para Aubry habría sólo dos: aquéllas que atienden a la situación de los objetos litigiosos y las que miran al lugar del cumplimiento de los hechos o de los actos del litigio. Y en puridad, podrían reducirse sólo a una debido a que las leyes que recaen sobre los bienes no hacen sino regular los actos de las personas sobre los bienes. Todas las leyes son regulaciones de las manifestaciones de la vida humana por lo que los hechos de la existencia deben ser regulados por la ley del país donde ellos se ejecutan o se cumplen.

32. Uno de los elementos determinantes y limitativos de la comunidad de derecho entre los individuos está constituido por el territorio. Las fronteras son un signo exterior y visible que nos sirven para reconocerlo. Partiendo de este enfoque, se concluye que la pregunta debe ser siempre la misma: ¿cuál es en cada caso, el derecho territorial aplicable según la naturaleza de la relación jurídica? Para responder a esta pregunta, Ramírez maneja incesantemente a todos los atributos del Estado: la idea de la soberanía territorial, la concepción de que al derecho internacional privado le compete resolver un conflicto entre ellas, y la elevación de la ley al máximo rango adjudicándole una soberanía territorial exclusiva.

33. Para él, lo único que hay que averiguar es dónde se localiza todo acto jurídico que vincula a una persona con las otras, o a las personas con las cosas y cuál es la soberanía afectada por el acto. Este es el centro hacia donde deben converger todas las cuestiones para su correcta solución, ya se trate de derecho civil, comercial o penal internacional. Desprendida la noción de las ataduras del antiguo territorialismo, se le confiere una segunda juventud mediante una nueva formulación del principio universal: el neo-territorialismo.

34. Sin embargo, cuando las diversas materias de un litigio se encuentran localizadas sobre diferentes territorios de tal manera que haga difícil determinar cuál es la soberanía territorial más afectada, nace el problema de determinar cuál es la localización que debemos seleccionar. ¿Respetarlas a todas o tomar una y despreciar a las demás? Por ejemplo, una sucesión con bienes diseminados en diferentes Estados, los testamentos otorgados sobre un patrimonio que se encuentra sometido a varios ordenamientos jurídicos, la situación internacional del quebrado, etc. Para Ramírez la solución fue sencilla y siempre la misma: conjugando las premisas de que debe existir una ley, un territorio y un juez y de que debe respetarse las soberanías que resulten afectadas por el tráfico jurídico externo, intentó evitar un conflicto entre las diferentes leyes territoriales que contaban con igual título de legitimidad para aplicarse, dividiendo a título de ejemplo a la sucesión en otras tantas como ordenamientos jurídicos afectados existieren. La discordancia con Savigny resulta patente. Para éste la relación jurídica contaba con una única naturaleza y un único *sitz* o punto de contacto y opuso además, a la territorialidad material la extraterritorialidad procesal. Con el paralelismo entre el juez competente y la ley aplicable inaugurado por Ramírez, la ley territorial además, se convierte en *lex fori*. Al fragmentar la relación jurídica privada internacional, Ramírez hace coincidir a la ley territorial con la ley del foro y el juez del foro. Pero aún en aquellos pocos casos en que ocurra la aplicación del derecho extranjero, éste será aplicado de oficio y será considerado como un derecho y no como un simple hecho.

35. Así, tratándose de los derechos sobre los bienes, habrá que buscar el asiento jurídico de las obligaciones, la que será el lugar de su situación, sean éstos

muebles o inmuebles. En materia de estado y capacidad de las personas, se juzgó que era imposible resolver la cuestión de acuerdo con los principios estrictos de la ley territorial -esencialmente variable- puesto que iría contra el principio reconocido de la estabilidad del estado. Si se aplicara estrictamente la ley territorial sucedería que una persona podría ser mayor o menor de edad al mismo tiempo, según el lugar donde tuvieran efectos los actos o contratos que ejecutare o por los cambios de su domicilio. El artículo 1o. del Tratado de Montevideo de Derecho Internacional consigna que la capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio. Y acto seguido, el artículo 2o. expresa que el cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayoría de edad o habilitación judicial.

Algunas soluciones son tan poco prácticas como inadmisibles. En materia de capacidad para testar, se regula -según el artículo 45- por la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios, con lo que una persona podrá ser en muchas ocasiones, simultáneamente capaz e incapaz. Para Ramírez, de esta situación no derivaba ningún perjuicio a la estabilidad del estado de las personas, puesto que no se trata de una capacidad general que trajera aparejada una relación estrecha entre los varios actos que ella realiza sino que involucra una capacidad para determinado acto aislado que no tiene relación directa con ningún otro. Por este motivo, las incapacidades especiales pueden apartarse del principio general y pasar a regularse por la ley del lugar donde tienen efectos los actos y contratos, que generalmente es aquella donde las cosas están situadas, o sea, por la ley territorial.

36. Al inclinarse esta corriente de pensamiento por la consagración de un principio fundamental fijo, arriba al dogmatismo. La división de las competencias legislativas y jurisdiccionales, para Arocena, no podría ser hecha por los particulares sino que mediante un criterio científico de localización territorial basado en el respeto de cada soberanía. Al ser una doctrina de lucha y de defensa, se otorga una primacía a lo público sobre lo privado. Existe una contraposición del interés colectivo sobre el individual y una subordinación y hasta supresión de lo segundo por lo primero. La primacía de lo público significará el aumento de la intervención estatal en la regulación coactiva del comportamiento de los individuos y de los grupos infraestatales. De este modo, cae la prioridad axiológica del individuo respecto del grupo -propia del Iluminismo- retomando el Estado en forma paulatina, el espacio conquistado por la sociedad civil hasta llegar a la concepción de un Estado total, en donde no dejaba espacios fuera de sí mismo.

37. Sin embargo, es justo destacar que Ramírez fue en muchas ocasiones mucho más flexible que el propio Congreso Sudamericano el que aplicó el denominado principio científico en una forma por demás rígida. En el artículo 6o. de su Proyecto del Código de Derecho Internacional Privado -base de discusión del Primer Congreso Sudamericano- se consideraba que *los contratos se rigen, cual-*

*quiera que sea el lugar en que se celebren, por la ley a la cual declaran los contrayentes someterse, siempre que la relación jurídica comprometida en el acto sea de libre contratación. Y el artículo 7o. subsiguiente, completa la solución determinando que a falta de declaración expresa, se presume que los contrayentes se han sometido a la ley del país en que deben cumplirse las obligaciones contraídas.*

Estas normas implicaban reconocer el principio de la autonomía de la voluntad. Luego de largas deliberaciones, el Congreso consideró conveniente desechar tal doctrina porque podría llevar a diferentes consecuencias debido a los distintos criterios con que ella era aplicada. Resultaba más conveniente reemplazarla por otra que ofreciera un criterio único, sometiendo a los actos jurídicos a una regulación ya sea en cuanto al fondo, a la forma y a los derechos y obligaciones a que ellos den lugar. Esta doctrina no podría ser otra que la admisión de la ley del lugar en que deban cumplirse los contratos o donde éstos produzcan sus efectos. En el caso de que la obligación relacione a dos personas, se consideró que el asiento de la obligación debe ser aquél donde se cumpla o ejecute la prestación típica. Para llenar los posible vacíos de dicha fórmula, el Congreso elaboró un sistema de presunciones legales absolutas, en los artículos 33 y 34 en los cuales se indican los lugares de cumplimiento de determinadas obligaciones.

38. Podemos resumir los postulados del neo-territorialismo rioplatense en los siguientes términos. Primero: el derecho internacional privado al distribuir competencias, resuelve no sólo un conflicto de leyes sino también un conflicto de soberanías. La soberanía en esta concepción era sinónimo de ámbito de competencia. Ella constituye el campo a delimitar pero no puede ser el principio. Es el concepto territorial el que ayuda a separarlas. De esta forma, acogiendo la máxima acuñada por los juristas franceses que defendían la soberanía del Rey de Francia de las pretensiones del Emperador que sostenía: *rex in regno suo imperator*, se afirma la aplicación del derecho local.

Segundo: el principio territorial puede resumirse en la siguiente afirmación: todos los hechos de la existencia deben ser regulados por la ley del país donde se cumplen. La *lex loci solutionis* es la genuina derivación del sistema territorial.

Tercero: para evadirse de un territorialismo estricto y plantear una solución científica de carácter general, debería seleccionarse puntos de conexión universales para cada categoría, mediante Tratados, cuando la comunidad jurídica de convicciones no se impusiera sin discusión.

Cuarto: cuando la relación jurídica extranacional se encuentra plurilocalizada, rige la regla *sum cuique tribuere*. A cada ordenamiento jurídico que resulte

afectado según el punto de conexión universalmente admitido, se le proporcionará el derecho de regular la parte de la relación con la que esté conectado.

Quinto: Se plantea un paralelismo entre *forum* y *ius*.

Sexto: la posición universalista lleva al reconocimiento internacional de los derechos adquiridos de la manera precitada.

Séptimo: la interposición de la excepción de orden público internacional puede alterar el esquema en los hipotéticos casos del reconocimiento de la eficacia extraterritorial de los derechos adquiridos en el extranjero. La excepción de orden público internacional -huelga hacerlo notar- fortalece aun más al orden jurídico del foro.

Octavo: existe la imposibilidad de los particulares de alterar la distribución operada científicamente en base al principio *suum cuique tribuere*.

Por último, se manifestó expresamente una indiferencia por el resultado material, lo cual condujo a un formalismo extremo en el plano del método. La justicia se encontraba satisfecha con la coherencia interna del discurso jurídico. Las exigencias de la justicia de una sociedad liberal quedaban satisfechas con que una regla fuere general y abstracta, formando un sistema y siendo objeto de una aplicación uniforme e imparcial. La lógica de la ejecución sustituye a lo deseable en el objetivo perseguido. Se creó así una legitimación por la certeza en la ejecución o en la eficiencia. La relación de medio a fin sustituyó a toda evaluación respecto de los valores materiales subyacentes. En definitiva no hubo un respeto por las diferencias y un margen de acción que permitiera integrar los disensos. La coherencia se obtuvo sólo a costa del monopolio normativo.

## **SEGUNDO CONTRAGOLPE CONTRA EL RACIONALISMO FORMAL: EL MATERIALISMO DE QUINTIN ALFONSIN**

39. Panorama de la primera mitad del presente siglo. Al proyecto de Estado liberal producto de la sociedad burguesa con origen en Francia, le sucedió una nueva concepción del Estado: el del Estado Bienestar o *welfare state*. El éxito de su proyecto dependía del poder y de la capacidad de un aparato estatal para inmiscuirse en la sociedad con el objetivo de cuidar el crecimiento económico, regular la crisis y garantizar la competitividad de las empresas así como también, los puestos de trabajo, sin desalentar por ello a los inversores privados. Esta experiencia tuvo una extraordinaria vigencia en muchos países de la región, constituyendo en muchos casos, un apotegma indiscutible. El curso de los acontecimientos posteriores ha demostrado que el Estado intervencionista ha carecido del poder suficiente como

para concretar su programa en una forma favorable. Su proyecto padeció de la contradicción entre el objetivo a perseguir y los medios disponibles para lograrlo.

40. El profesor Alfonsín<sup>(19)</sup> sostenía que las relaciones jurídicas extranacionales no podían ser reguladas por el derecho privado de ningún Estado puesto que ninguno respetaba su naturaleza, sino que debía hacérselo por un derecho privado extranacional. Según él, ese derecho realmente existe en cuanto a que la comprobación de la existencia de relaciones jurídicas extranacionales supone la de un *commercium* internacional y éste a su vez la de una sociedad humana donde se desarrolla naturalmente. Si el derecho privado siempre es obra de una sociedad cuyas necesidades contempla, debe existir en consecuencia, un derecho privado propio de la sociedad internacional y aplicable a las relaciones extranacionales: *ubi societas ibi ius*. Según la concepción privatista que él encarna, el derecho privado internacional tiene por función regular a las relaciones jurídicas extranacionales. Por consiguiente, sus normas son materiales, constituyendo un verdadero derecho privado internacional. Si bien reconoce que se choca con un inconveniente, el de que no está formulado concreta y enteramente como lo están por ejemplo, los códigos nacionales. Sólo pueden encontrarse fragmentos de este derecho en los Tratados internacionales, en los intentos de unificar las legislaciones nacionales y en el *derecho consuetudinario*. Subrayamos esta última afirmación porque sirve para destacar que su origen no sería necesariamente estatal sino que podría surgir fuera del mismo.

41. Para Alfonsín la concepción clásica supone soluciones más accesibles pero inadecuadas, en cambio el enfoque privatista propone soluciones adecuadas pero menos accesibles. En el estado actual de nuestra ciencia, el autor citado reconoce que todavía tropezamos con esta alternativa aunque el progreso científico encamina sus pasos hacia las soluciones privatistas o sustantivas. Reconoce acertadamente que el derecho privado internacional sería uno y universal si el mundo entero constituyera una sociedad homogénea y uniforme. Pero ello no es así, debido a que en el mundo se distinguen numerosas sociedades regionales dentro de las cuales tienen vigencia sendos derechos privados internacionales que pueden ser incompatibles entre sí. Si el derecho privado internacional señalado fuera extranacional y no nacional, poseería vigencia per se en el territorio de todos los Estados y aun contra la voluntad de los Estados. Concluye afirmando que entre un derecho privado nacional -y por ende facultativo- y uno supranacional y obligatorio, es fácil elegir. La solución del caso no puede quedar librada, como se ve, a la voluntad de cada Estado, pues tal como acontece en el ejemplo precedente, cada Estado podría proponer una solución distinta y todas serían igualmente válidas, y en consecuencia, la misma relación

---

<sup>(19)</sup> Alfonsín, Quintín: Teoría del derecho internacional privado, Montevideo, 1982, pág. 14 y ss. Ibidem. Sistema de derecho civil internacional, Montevideo, 1961, pág. 11 a 15.

extranacional no se regularía en todas partes por el mismo derecho privado. La posición nacionalista deja sin precisar la legitimidad de esta atribución, tanto más necesaria cuando se tiene presente que la sociedad internacional produce directamente derecho consuetudinario.

42. El derecho privado internacional supranacional se fundamenta en el consenso de la sociedad internacional, entendiéndose por tal, no la sociedad de los Estados sino la sociedad de los individuos. Y aclara: no la sociedad a que se refería Savigny sino la sociedad a la que hacía referencia Jitta. Y concluye afirmando que este fundamento -que algunos denominan sociológico- le parece satisfactorio. A veces es desechado porque se sale del plano puramente normativo y se apoya en el historicismo jurídico, pero según él, toda fundamentación de lo jurídico debe ser extrajurídica para ser satisfactoria.

43. No obstante, considera pertinente “la proscripción más radical de la teoría de la autonomía de la voluntad”. En dos monografías brillantes<sup>(20)</sup>, desglosa todos los argumentos en favor de dicha proscripción. Sostiene que no es científica la actitud de reconocer a la autonomía de la voluntad. Uno de sus argumentos de mayor peso es el siguiente: “si en nombre de la utilidad, las partes pudieran gobernar sus contratos con ilimitada libertad, antes atenderían a su provecho personal, que a los intereses generales de la sociedad internacional. En el contrato internacional confluyen los intereses particulares de los contratantes y los intereses generales de la sociedad internacional; el orden jurídico internacional toma debido conocimiento de unos y otros y establece el régimen del contrato que mejor conviene a ambos. ¿Puede abandonar esa tarea a las partes contratantes? Si así lo hiciera, los intereses de la sociedad internacional quedarían a merced de la conveniencia de los particulares”.

44. Sin percibirlo claramente, Alfonsín desliza la cuestión a un plano diferente. A lo largo de los estudios sobre la autonomía de la voluntad el problema residía en la legitimidad o no de las partes en la selección de una ley estatal. Hubiera sido mucho más coherente a su línea de pensamiento, que reconociendo como lo hace, la existencia de una sociedad internacional que produciría directamente derecho privado y que este derecho no sería el de ningún Estado en particular sino producto de la sociedad de los individuos, de que éstos tuvieran la libertad de elaborar derecho objetivo. Su teoría cae bajo el influjo de una gran contradicción, pues, cómo provocar el surgimiento de un derecho objetivo que fuere cada vez más expandido y universal si los individuos no pueden participar en su elaboración? La explicación sólo puede residir en que Alfonsín estuvo condicionado por las concepciones políticas del momento, aún sin percibirlo claramente. El modelo de Estado social de

---

<sup>(20)</sup> Alfonsín, Quintín: La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos. XI. RDP y P. 1949, pág. 257. *Ibidem*. Régimen internacional de los contratos, Montevideo. 1950, pág. 13 y ss.

la época que le tocó vivir, era el de un modelo comprometido en el intervencionismo bajo la forma de una redistribución de los recursos, de una planificación, de los subsidios, del control y de orientación de las inversiones, etc. El Estado al mismo tiempo que asistía y subvencionaba, controlaba y normalizaba.

45. También la obra de Ramírez cae bajo el signo de la contradicción. Con los Tratados de Montevideo se quiso elaborar una doctrina inmutable apoyándose en supuestos científicos y racionales. Como dato curioso podemos mencionar que se creó y reguló la categoría divorcio cuando en ninguno de los Estados Parte existía dicha categoría en sus derechos internos. Uruguay recién la adopta en 1911, Bolivia en 1930, y Argentina fue el último país en hacerlo, muy próximo al momento en que el texto supranacional iba a convertirse en centenario. La sombra de Savigny se habrá levantado en dicho momento, sin duda, advirtiéndoles admonitoriamente que no se debieron haber desconocido los datos históricos. Puesto que la norma que reconocía al divorcio, chirriaba en su funcionamiento, no obstante, debido al papel asignado a los diferentes integrantes de la familia. Debe tenerse en cuenta que los Tratados de Montevideo hacían referencia principal al rol de un pequeño número de individuos del sexo masculino, dotados de poder y en realidad de todos los derechos, los que aseguraban el funcionamiento de la sociedad política. Los otros - especialmente las mujeres, los menores y los incapaces- debían pasar por su intermedio para poder actuar<sup>(21)</sup>.

## **EL RECONOCIMIENTO DE OTRAS FORMAS DE RACIONALIDAD DESCARTAN AL ESTADO COMO EL UNICO INTERPRETE**

46. Pero, a comienzos de 1975 se ha producido un nuevo fenómeno en el campo de las relaciones privadas interamericanas. Con la celebración de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado o C.I.D.I.P. (reunidas por primera vez en Panamá en dicho año, luego en Montevideo en 1979, más tarde en La Paz-Bolivia en 1984, posteriormente en Montevideo en 1989 y por último en México en 1994), se parte de la idea de una codificación progresiva de esta rama jurídica, por etapas y por temas, abandonándose el viejo proyecto de una codificación omnicompreensiva a la cual se tendía desde el año 1878. Estas 23 Convenciones y Protocolos Adicionales aprobados, han mostrado un cambio profundo en el papel del Estado de ayer con el de hoy. Existe una verdadera mutación

---

(21) El artículo 8 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional establece por ejemplo, que el domicilio de los cónyuges es el que tienen constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido. La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. El artículo 7o. por su parte, consigna que los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales, impidiendo aplicar el derecho del lugar donde el incapaz tiene su verdadero centro de vida.

del mismo, cuyos factores son múltiples y complejos, pero que tienen incidencia tanto en el campo del derecho como en el del poder.

47. Hoy día se comprueba la caída de los valores que sostenían al Estado y se cuestiona su existencia en la conciencia de los hombres. Los conceptos de Estado, como el de familia y como el de tantos otros, no aparecen hoy tan legítimamente coactivos como en el pasado. Conceptos que hasta hace muy poco se imponían a todos sin discusión, hoy se consideran superados. Se asiste al descreimiento de los valores-fuerzas, de aquellas ideas propulsoras o motoras para el funcionamiento de toda sociedad. Nos enfrentamos a un divorcio entre la formulación de una conducta racional propositiva y por otro lado, la actuación del individuo que sólo tiene ojos para sí y que exige una cultura cada vez más personalizada. Por ese motivo, ya no existe una razón ordenadora, una búsqueda de la coherencia a toda costa, ni por ende, un único modelo formal. Eso lleva a una situación paradójica: que ya no es posible completar totalmente el gesto hermenéutico. Sucede que el hombre de hoy, ya no está de acuerdo con los móviles y las motivaciones e ideales del hombre racional y razonable surgido del Iluminismo. Ziembinski<sup>(22)</sup> protestaba con tino y con un poco de humor, que en su vida jamás había visto a tal individuo. La dura realidad ha mostrado que éste se encuentra limitado por sus propios conocimientos, sus valores, sus preferencias, su capacidad de interrelacionarse y de sobrellevar las presiones sociales, económicas y políticas externas.

48. Hay una conciencia generalizada de un agotamiento de la razón, debido a su incapacidad de abrir nuevas vías al progreso humano. Se ha producido un deslizamiento del centro de gravedad del culto a la ley<sup>(23)</sup> hacia un realce del plano social que tiende a eludir la definición de un tipo específico de sociedad política, tal como fue el proyecto de la sociedad burguesa a través del racionalismo. En los Estados modernos, la sociedad civil se encuentra constituida por grupos organizados cada vez más fuertemente. En los conflictos de grupos -que continuamente se renuevan- el Estado desempeña una función de mediador y de garante más que el de detentador del poder de imperio de acuerdo con la imagen clásica de la soberanía. El crecimiento de estos centros de poder, impensables en la época del Iluminismo, la que sólo preveía un coloquio directo entre el Estado y el individuo racional, se presentan como un ataque a la majestad del Estado. Se habla ya, del regreso a un nuevo feudalismo<sup>(24)</sup>, entendido según Norberto Bobbio como la primacía del derecho privado sobre el público. En una prevaricación de la esfera inferior sobre la superior que mostraría un proceso de degeneración del Estado. La sociedad civil se

<sup>(22)</sup> Ziembinski, Zygmunt: La notion de rationalité du législateur. 23. APHD. 1978.

<sup>(23)</sup> Burdeau, G. le déclin de la loi. APHD. Le dépassement du droit. 1963. David, René: Le dépassement du droit et les systèmes du droit contemporain. APHD, 1963.

<sup>(24)</sup> Bobbio, Norberto: Estado, Gobierno y Sociedad, México, 1991, pág. 32.

apodera de las facultades de decisión del Estado y éste se disuelve parcialmente en la primera. La sociedad civil cada vez más agresiva, tiende a someter al Estado o a hacer fracasar sus medios de acción. Los individuos regulan sus relaciones guiados por sus intereses reales y en las que cada uno es *iudex in causa sua* en detrimento del derecho público o político donde se ejerce el *imperium* entendido como *iudex super partes* y en el cual existe el derecho de ejercer el poder coactivo.

49. Sin embargo, realizando una investigación más profunda podemos constatar que el Estado no tiende a desaparecer sino más bien, a transformarse. Ampliando los cometidos en ciertos campos o replegándose en otros, cuando ello es necesario. Al proceso de emancipación de la sociedad frente al Estado le acompaña un proceso inverso de reapropiación de la sociedad por parte del Estado.

50. No sólo el Estado se transforma, sino que también lo hace la función jurisdiccional, como elemento y palanca de acción de la estructura estatal<sup>(25)</sup>. En ciertas áreas hay un aumento de sus poderes de apreciación y de decisión para regular los conflictos y propender por su intermedio a un cierto control social. Se produce pues, una mutación de su competencia: de aplicador de la técnica silogística a arbitrador de lo social, sufriendo con ello, una profunda erosión la doctrina de la separación de poderes. La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989 muestra un poder acrecido de la función jurisdiccional, así como también la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Adopción de Menores de 1984 la que faculta en su artículo 19 por ejemplo, a la creación de normas materiales *in casu* para privilegiar la validez de la adopción y actuar en beneficio del adoptado.

51. Por otro lado, también existe un desapoderamiento de las propias competencias jurisdiccionales en beneficio de otras autoridades con la finalidad de resolver los conflictos de intereses privados. Esos circuitos de derivación pueden recorrer dos vías. Una de ellas -fenómeno que pasa a menudo desapercibido, pero que no deja de tener una gran importancia- es el del reconocimiento de la sustitución de lo judicial por otras instancias de regulación de los conflictos como son las autoridades administrativas. Estas son tenidas cada vez más en cuenta, muchas veces ocultas detrás de conceptos velados y genéricos. Por ejemplo, las Convenciones sobre adopción (artículos 15 y 16) y la de alimentos (artículos 8 y 9). El artículo 6 de la Convención sobre restitución internacional de menores declara expresamente que son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención.

<sup>(25)</sup> Ost, François: *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modes de justice. En fonction de juger et pouvoir judiciaire*. Bruxelles, 1983, pág. 1 y ss.

Se crean asimismo, formas híbridas de procedimiento, en los que la intervención judicial puede ser completada con la actuación administrativa, o viceversa la decisión de la administración puede ser retomada por la judicial o puede ser recurrida ante ella. La lectura de la Convención sobre restitución de menores, nos exime de mayores comentarios.

52. La otra vertiente de la declinación de la institución judicial se observa en el reconocimiento del arbitraje comercial internacional<sup>(26)</sup>. La Convención Interamericana de 1975 posibilita a las partes a recurrir a jueces privados para resolver sus litigios. No existe acuerdo en doctrina acerca de si el artículo 3o. al expresar 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* permite abarcar la posibilidad de la elección del derecho de fondo, dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los particulares. El tema es controvertible porque la Convención no es lo suficientemente explícita que debiera. Pensamos que podemos considerar lícita la afirmación de que el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares en esta Convención recogería tanto la posibilidad de elegir el procedimiento como el derecho de fondo. Apoyamos esta afirmación en el hecho de que el Reglamento de Procedimientos de la C.I.A.C. -al cual se remite la Convención en defecto de manifestación expresa de los particulares- contiene el artículo 33 el cual dispone que *el tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*<sup>(27)</sup>.

53. Del panorama expuesto surge pues, tanto una declinación de la autoridad judicial en provecho de otras autoridades estatales -como las administrativas- o de las extraestatales, como las arbitrales. Ora coparticipando en otras áreas con dichas autoridades en la solución de las cuestiones de derecho internacional privado. O ya interviniendo más activamente que en el pasado en la soluciones que no necesariamente se basen en el silogismo judicial. Por ese motivo, parece más acertado concluir que ha existido una remodelación de la institución judicial que le permite adaptarse a los cambios y ocupar resueltamente ámbitos que otrora eran intangiblemente adjudicados al legislador.

54. En el campo de las fuentes, se ha ampliado el lecho del hontanar jurídico, reconociéndose un conjunto de fuentes dispares, heteróclitas, no ubicadas sobre el mismo plano, que no tienen el mismo origen ni la misma función y tampoco la misma importancia. Lo paradójico del caso, es que es del lado del positivismo estatal de donde viene el cuestionamiento del positivismo legalista. En cierto

<sup>(26)</sup> Santos Belandro, Ruben: Arbitraje Comercial Internacional. Tesis. Montevideo, 1989.

<sup>(27)</sup> Santos Belandro, Ruben: Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. IX.

número de Convenciones Internacionales, -como la de Arbitraje Comercial Internacional anotada- la de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera de 1989 en su artículo 16 y la existente sobre Exhortos y Cartas Rogatorias de 1975 en su artículo 2o. hacen todas ellas, un lugar al arbitraje, vehículo de la *lex mercatoria*. Se abandona una teoría unida a una cierta concepción del Estado y del derecho, reconociéndose reglas emanadas de la práctica contractual y de la jurisprudencia arbitral. La *lex mercatoria* se encuentra referida en forma directa en dos artículos de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada en la C.I.D.I.P. reunida en México en 1994: en el artículo 9 inciso 2o. y en el artículo 10. Pero de una manera indirecta también se halla comprendida en el artículo 7o. al establecerse que *el contrato se rige por el derecho elegido por las partes* sin que el texto acote la libertad de los contratantes a un derecho de origen estatal. El funcionamiento de la Convención con el fin de determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales es el siguiente: ese derecho es el elegido por los propios particulares que contratan y en ausencia de dicha elección -expresa o tácita, pero real- el contrato se someterá *al derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos*. Acto seguido, el inciso 2o. del artículo 9 dispone que *el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Luego el artículo completa la referencia de la siguiente manera: además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y las prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.*

55. Este panorama no puede dejar de provocar sino hondas huellas en el lenguaje jurídico. Luego de la 2a. Guerra Mundial, los lenguajes jurídicos en el derecho internacional privado -entendidos en un sentido amplio como métodos- se han multiplicado, escapando a un denominador común, lo que hace muchas veces difícil su teorización. Y ello porque la racionalización excesiva del proyecto político-social, si bien en ciertas áreas produjo emancipación, en otras provocó reunificación con sus aspectos deshumanizantes y alienantes. A la regla de conflicto clásica empapada de un moderado territorialismo, como ha sucedido en las Convenciones sobre Sociedades Comerciales de 1979 y la de Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas de 1989, le ha seguido el reconocimiento de las reglas de conflicto materialmente orientadas en las que el valor perseguido no es el de una localización puramente territorial sino la de procurar *la validez de la adopción y el beneficio del adoptado, o la aplicación de la ley más favorable al acreedor*

*alimentario*, o la de la ley que favorezca la validez de la letra de cambio, de los cheques, pagarés y facturas, como sucede en las Convenciones homónimas de 1975 y 1979. Y en última instancia, en el reconocimiento del método sustantivo a que aspiraba Alfonsín, en la Convención Interamericana de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, ya mencionada.

56. Por último, consideramos digno de destacar la transformación que ha tenido la misma excepción del orden público internacional. De aquella mención contenida en los artículos 4 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 que expresaban que *las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso*, se ha pasado en muchas Convenciones a la fórmula de las Conferencias de La Haya que puede resumirse así: *las autoridades de cada Estado Parte podrán rehusarse a aplicar la ley declarada competente por esta Convención cuando dicha ley sea manifiestamente contraria a su orden público*. El cambio verdaderamente notable se aprecia al respecto, en el artículo 25 de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores de 1989, en donde se abandona el sentido clásico de la excepción como válvula de escape o de seguridad de cada Estado Parte con el fin de asegurar la defensa de los principios esenciales donde asiente su individualidad, por la defensa únicamente de aquellos valores auténticamente supraestatales. Con ello se convierte el viejo orden público interno para uso internacional en una auténtica cláusula de orden público internacional en toda la extensión de la palabra que admite sólo una norma o principio de fuente internacional para permitir la exclusión de las normas del Tratado. Dicho artículo 25 expresa 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*. Esta disposición significa un cambio de óptica tan radical, que nos sentimos obligados a resaltarla debidamente. Y la tutela del bien superior del menor por parte de la comunidad interamericana llega a su apogeo con la Convención Interamericana relativa al tráfico internacional de menores de 1994 la cual carece de una disposición de orden público por cuanto considera que en la expresada circunstancia no existe un interés superior al del menor digno de ser protegido.

## ¿Y EL FUTURO?

57. Como se ha esbozado rápidamente, la C.I.D.I.P. contiene textos muy diversos, donde las soluciones se encuentran lejos de ser necesariamente convergentes. Ningún punto de vista tiene una validez absoluta en dicho contexto, sino un grado mayor o menor de autoridad, sirviendo así de base a una controversia

dialéctica. La racionalidad del sistema parece más bien modesta aun, que los proyectos regulatorios anteriores debido a que actúa sobre una materia inasible, sujeta a cambios y reacomodos producto de la aprobación periódica de nuevas Convenciones. En ella se abren paso sistemas de valores minoritarios en donde la ley se ve suplantada por técnicas donde la recomendación reemplaza a la orden. Se crean y reconocen lenguajes propios al intragrupo, lo que fomenta la pluralidad de los discursos jurídicos. En muchos casos, los legisladores sólo fijan los objetivos e indican las directivas. Se altera la precisión de los términos empleados en beneficio de conceptos vagos y evolutivos que obligan al juez a delicadas evaluaciones. La C.I.D.I.P. nos muestra un sociedad interamericana policéntrica, fraccionada, donde numerosas funciones que eran desarrolladas antes por el Estado son realizadas hoy por ciertos poderes periféricos. Donde prevalece tanto el poder político como el económico, y en cuyos entornos las relaciones jurídicas son reguladas por instituciones propias del derecho privado, como el contrato. En suma, donde predominan las relaciones personales sobre las territoriales.

58. Mediante la C.I.D.I.P. se ha pasado de un estadio represivo a uno de apertura y de adaptabilidad. Su método central sería el de un instrumentalismo dinámico, en el cual el sistema colabora en la satisfacción de las finalidades humanas, sociales y políticas. Este método supone necesariamente un entorno político pluralista y en movimiento. Existe una prioridad de las finalidades sobre los métodos, en virtud de lo cual surgen juicios axiológicos, estilos teleológicos, que conducen a decisiones muchas veces pragmáticas y empíricas. En numerosos casos también, el juez se transforma en un paralegislador, puesto que de la separación absoluta de poderes ha pasado al de la cooperación. En las relaciones entre los Poderes Legislativo y Judicial se aprecia cada vez más, cómo el juez se aleja del papel de agente conservador de los textos en vigor y se vuelve coautor del cambio jurídico. En las relaciones entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, por su parte, se contempla igualmente cómo las autoridades administrativas realizan a menudo, tareas contenciosas. En numerosas ocasiones, el juez y las autoridades judiciales participan en la realización de ciertas políticas que aseguran la mejor reglamentación de los intereses concernidos. Sus soluciones son tomadas -como en el caso de los alimentos- *rebus sic stantibus*, o sea, mientras las circunstancias no cambien. En la modernidad se experimenta lo social de una forma diferente. Los elementos transitorios, fugaces y fortuitos de la interacción social pasan, en ciertos casos, a ser el interés central para el jurista.

59. Esa formulación del derecho internacional privado que surge de la C.I.D.I.P., no ha podido realizarse sin un profundo cambio mental. Nuestra materia se ha transformado de un sistema planteado por los Estados, en una búsqueda común de todos los integrantes de la sociedad civil, de todos aquéllos vinculados al fenómeno

jurídico. La concepción pluralista de las fuentes conduce a una búsqueda común de las soluciones entre todos, llámense legisladores, jueces, autoridades administrativas, trozos de la sociedad civil que funcionen con coherencia y además, el propio particular. El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en nuestro campo, ha transformado al sujeto privado, de ciudadano protegido en ser humano participante.

60. Para concluir, debemos contestar a una última pregunta: ¿debemos racionalizar o desracionalizar a la C.I.D.I.P.?(<sup>28</sup>) para responder a esta cuestión deberíamos saber de qué racionalidad estamos hablando. Esa racionalidad puede ser orgánica, en cuanto haga referencia a una creación de órganos y distribución subsecuente de roles para crear y aplicar el derecho. A una racionalidad formal, en cuanto haga alusión a las normas instrumentales que técnicamente mejor vehiculicen el contenido a regular. O también, a una racionalidad material o sistema de valores que son acogidos por el cuerpo social y que supone una evaluación jurídica en base a exigencias éticas, utilitarias, estamentales o de cualquier otra clase. En la segunda se atiende a lo más perfecto, en la última a lo mejor. En su interrelación, la moralidad puede sustituir en ocasiones a la legalidad. El verdadero reto para la C.I.D.I.P. es que ella se ve enfrentada a manejar todas esas racionalidades juntas.

61. De lo expuesto se ha podido apreciar que más que un universo en el ámbito interamericano, existe un pluriverso, donde acuden a él una multiplicidad de autoridades reconocidas en la producción y en la aplicación del derecho, a una multiplicidad de valores, de racionalidades y de lenguajes jurídicos. La cultura moderna ha regresado al estado primitivo caracterizado por lo que se ha dado en llamar el politeísmo de los dioses, con el riesgo de una incomunicación acrecentada entre ellos. Cuanto más aparece descentrada la visión del mundo de la C.I.D.I.P., menos parecería que fuera necesario un mundo de vida interpretado inmune a toda crítica y más el deseo de obtener un visión coherente mediante la actividad interpretativa de los propios agentes por medio de acuerdos riesgosos. Esa racionalidad, en consecuencia, se hará menos dependiente de los marcos normativos preinterpretados y más sometida a la necesidad de llegar a los expresados compromisos.

62. Habrá que desterrar en suma, la prevalencia de un enfoque determinado de la racionalidad, para dar lugar -como expresa acertadamente Habermas(<sup>29</sup>)- a la

---

(<sup>28</sup>) Santos Belandro, Ruben: La C.I.D.I.P. o la búsqueda de un orden jurídico inteligible. RJCED, 1992, pág. 52.

(<sup>29</sup>) Habermas, Jürgen: The theory of communicative action. Boston. 1984. Ibidem. A unidade da razão na multiplicidade de suas vozes, RFB, IV, 1989. Consúltese asimismo, en el libro colectivo Modernidad y Postmodernidad, Madrid, 1988, a Picó, Josep: Introducción, pág. 13. Habermas, Jürgen: Modernidad versus postmodernidad, pág. 87. Wellmer, Albrecht: La dialéctica de la modernidad y postmodernidad, pág. 103. Raullet, Gérard: De la modernidad como calle de dirección única a la postmodernidad como callejón sin salida, pág. 321. Igualmente, Arocena, Felipe: La modernidad y su desencanto. Modernos, posmodernos y neoconservadores en el discurso sociológico, Montevideo, 1991.

racionalidad comunicativa. El sueño de la Ilustración, de hacer de la humanidad una, ha sido futil. Por ese motivo, sistemas como el de la C.I.D.I.P. no pueden ni deben contener un proyecto determinado de sociedad sino que reconocen la posibilidad de varios de ellas. Para poder ir hacia adelante, debemos propender a un equilibrio y balance apropiado -nunca terminado- entre las exigencias legítimas de los sistemas políticos y las del mundo vital de los individuos. Para obtener un comportamiento dialógico debe erradicarse el prejuicio de que la diferenciación produce exclusión, y abandonar la concepción de que la sociedad civil sólo genera un relacionamiento anárquico y desintegrador sobre el Estado. Ella debe mirarse no únicamente como *civitas* sino más que nada como *civilitas*. Es decir, que también puede tener una condición civilizada.

63. ¿Cómo llegar a una regulación internacional armónica cuando el progreso se elude como tema y la razón como motor? En el momento en que se constata la caída de los grandes consensos, habría que pensar a qué tipo de consenso está vinculada la C.I.D.I.P. La respuesta resulta evidente: sólo es posible consensos parciales. Parecería por tanto, y sin ánimo de cometer error, que la apuesta debe ser hacia la intercomunicación. Hay que partir del respeto de los órdenes de vida heterogéneos, en primer término. En segundo lugar, esta actitud supone el conocimiento científico de cada una de las esferas de vida jurídicas reconocidas por la C.I.D.I.P. Y por último, habría que esforzarse por que las distintas esferas jurídicas reconocidas, no permanezcan en guettos sino que se acerquen por un lado, a la realidad social e individual -al mundo de vida- y por otro lado, que permitan comunicarse permanentemente entre sí. Todas las esferas jurídicas son susceptibles de un tratamiento racional aún cuando cada una de ellas pueda contar con un determinado tipo particular de argumentación racional.

64. Este enfoque tiene la enorme ventaja de conducir a una positividad más bien construída y dinámica que no lleva a buscar leyes causales en todos los casos sino, a menudo, a símbolos y ejemplos. No ir exclusivamente a una reconciliación de los juegos del lenguaje sino permitir una mutua permeabilidad entre ellos. Habrá que mantener en la mira, lo que Ollero denominaba la totalidad problemática, desplazando las construcciones unitarias planteadas con claridad geométrica o matemática, sin dejar de mantener el legado de la tradición y el fundamento de la comunidad de los hombres que es lo propio de Latinoamérica. Se acerca en el horizonte, un movimiento nuevo, dialógico de la totalidad, que provocará una unidad no violenta de lo múltiple.

