

LAS NORMAS DE APLICACION INMEDIATA EN LA DOCTRINA Y EN EL DERECHO POSITIVO

por

RUBEN B. SANTOS BELANDRO

SUMARIO

SECCION PRIMERA. LA DOCTRINA; I. Posición de la doctrina en los países de derecho civil; Savigny: la comunidad de derecho exige la igualdad de todas las leyes; La consecuencia inevitable de la ausencia de comunidad jurídica es la eficacia unilateral de las reglas de conflicto bilaterales nacionales; Las normas que se apartan de la designación conflictual; La satisfacción de las necesidades nacionales conduce a un tratamiento preferente de la organización estatal; Las normas de aplicación inmediata constituyen crisálidas de futuras reglas de conflicto más específicas; Las leyes de policía extranjeras; La comunidad política, versión moderna de la comunidad jurídica; No es un problema metodológico sino de interpretación del fenómeno; ¿Debe aceptarse esa fastidiosa dualidad de métodos?; Debería tenerse en cuenta la imperatividad *a priori* de las leyes del foro; Criterios para identificar a las normas de aplicación inmediata a) funcional; b) racional; c) formal; Las normas de aplicación inmediata y el orden público internacional; II. Posición de la doctrina en los países del *common law*; La concepción funcionalista de Brainerd Currie; Se trata de un problema de interpretación de las políticas y de los intereses estatales; Primera etapa: el foro es el derecho normalmente aplicable; Naturaleza y función del Estado; Segunda etapa: renuncia a una concepción provinciana de la política e intereses gubernamentales;

SECCION SEGUNDA. EL DERECHO POSITIVO; I. Situación en el ámbito extracontinental; 1. El derecho nacional europeo; La ley suiza de derecho internacional privado; Análisis del artículo 18; 2. El derecho convencional europeo; Las Convenciones de La Haya; La Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; Las leyes imperativas de la Convención de Roma: vía libre al unilateralismo estatal orientado internacionalmente; II. Situación en el área interamericana; C.I.D.I.P. I: Primera oportunidad de plantearse el tema en la *Convención Interamericana sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero*; C.I.D.I.P. II: Propuesta de Parra Aranguren; C.I.D.I.P. V: Referencia directa a las normas imperativas en la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*; La dilusión de la regla de conflicto; Reconocimiento de la posibilidad de aplicación tanto de las disposiciones imperativas del foro como de las extranjeras;

SECCION TERCERA. LA DOCTRINA URUGUAYA; I. Primera escuela: Gonzalo Ramírez y la fundación de un sistema de derecho internacional privado; La idea de soberanía y su aplicación en nuestra disciplina; a) El concepto para lo exterior; b) El concepto para lo interior; La palabra de los investigadores de la época; Una consecuencia de la aceptación de la idea de soberanía; Inutilidad de la invocación del concepto y emergencia del verdadero criterio; La formulación de un único principio para solucionar todas las cuestiones; Otra consecuencia: la imposibilidad de recurrir al renvó; Imposibilidad también de recurrir a las normas de aplicación inmediata; II. Segunda escuela: Quintín Alfonsín y su reclamo para el reconocimiento de una sociedad autónoma; Obsolescencia del concepto de soberanía estatal como herramienta reguladora de la relación privada extranacional; Defensa del espontaneísmo social; Proceso de creación de los derechos objetivos; El monismo internacional; Las fronteras no son límites físicos sino jurídicos; La noción del orden público en esta primera etapa; La calidad de orden público no depende de la voluntad de los Estados; Segunda etapa: análisis clásico del orden público; a) el orden público como excepción *a priori*; b) el orden público como excepción *a posteriori*; Ecos de sus enseñanzas; III. Etapa actual: Jorge Tálice ¿un pluralismo metodológico redimensionado?; La mayor o menor comunidad de principios entre las sociedades condiciona la elección del método; Acotamiento de la tarea metodológica; Apreciación crítica; SECCION CUARTA. 1985 - 1995. LA POSICION DE URUGUAY RESPECTO DE LA LIBERALIZACION DEL COMERCIO INTERNACIONAL. LA RONDA URUGUAY DEL GATT Y LA ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO; Situación imperante; Posición de Uruguay; La reunión de Ministros de Marrakech: la supresión del GATT y la creación de la Organización Mundial del Comercio; SECCION QUINTA. CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

1. Al modelo de Estado del siglo XVIII que asumía como únicas funciones la de juez para la solución de los litigios entre los particulares y de gendarme con el objetivo de preservar la paz pública, le sucedió en los primeros 50 años de nuestro siglo la concepción de un Estado intervencionista -denominado también welfare state o Estado Bienestar- en el que se le otorgó una mayor atención al bienestar de sus habitantes mediante una gestión directa de numerosos sectores de la economía, al privilegio en el desarrollo de aquellas áreas más deprimidas, a la distribución intencional de los recursos sociales en favor de los desprotegidos económicamente, etc. Nada debería escapar a la posibilidad de que el Estado interviniera asistiendo, dirigiendo, planificando. Este podía adquirir compañías aéreas, como empresas dedicadas a la captura de pescado en alta mar, o de producción de caña de azúcar, o de prestación de servicios de transporte colectivo, de asistencia médica, seguros sociales, etc.;

2. Este modelo de Estado no ha desaparecido, pero parece encontrarse actualmente en vías de reformulación debido a que si bien la organización estatal en teoría puede hacerlo todo, la realidad ha demostrado que existe un abismo entre la amplitud de los objetivos y la escasez de los recursos que pueden ser aplicados a los mismos. El desconocimiento de esta situación produjo enormes desequilibrios en las economías latinoamericanas y se puede apreciar que el Estado actualmente se abstiene más bien de intervenir en forma directa -mediante la creación de empresas públicas o semi-públicas- aunque sigue conservando la voluntad de planificar la realidad socio-económica con la finalidad de culminar en una sociedad nacional más equilibrada y justa. El tema de las normas de aplicación inmediata tiene relación con la naturaleza del rol que los Estados están abocados a asumir en la regulación de los intereses privados. El Estado moderno se ha puesto en la posición de usar todas las bases de su autoridad con el fin de obligar a los individuos al logro de los objetivos que él ha definido, y de todo el poder de su administración para suplir las carencias de los hombres.

3. La intervención étática no se halla circunscrita únicamente al campo de los contratos -aún cuando es el campo más corriente de su actuar- invade también al derecho de familia como lo hemos podido apreciar en el caso de María Elizabeth Böll. En cuanto a los contratos, se percibe la idea de que los mismos han dejado de ser un asunto puramente individual convirtiéndose en un hecho social que exige la conciliación de los intereses del Estado con los de las partes. A partir de ahí, el expansionismo estatal fue en crecimiento al punto de llegar a un nivel realmente preocupante. "Nada de lo humano le era ajeno": la regulación del comercio exterior y especialmente la exportación e importación, la protección de la moneda mediante el control de cambios, el derecho de familia mediante la asistencia a cierta categoría de personas, en el campo laboral el amparo a los asalariados, la asistencia educativa, la adquisición de inmuebles en el país por personas domiciliadas en el extranjero, la regulación del secreto bancario, etc. Actualmente se sostiene que integran esta área de análisis, las medidas de embargo y de boicot. En la casi totalidad de estos casos, el Estado sólo se preocupa de los hechos que acontecen sobre su territorio y afirma que la solución que ha asumido debe prevalecer de todos modos. Su bilateralización no corresponde a ninguna realidad objetiva, y tampoco se manifiestan preocupaciones uniformes. Son numerosos los artículos aparecidos que proclaman que el deber primero e inmediato del Estado es la protección del orden interno por el bien mismo del orden internacional. De ahí que el foro aparezca como la plataforma ideal para una coordinación de sistemas, para resolver los problemas de tráfico externo y para la mejor reglamentación y respeto de los intereses particulares, del de los Estados y de los intereses de la sociedad internacional, presentes en el caso concreto. Es fácil de ver entonces, que el

intervencionismo estatal aspira a extraterritorializarse. Se confirma una tentativa de los Estados, cada vez más creciente, de querer extender su orden jurídico imperativo más allá de su campo de competencia tradicional.

4. El tema de las normas de aplicación inmediata se encuentra en estos momentos en el tapete del análisis de los especialistas latinoamericanos de derecho internacional privado por el motivo de que en el mes de marzo de 1994 se aprobó en México la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*. Pero en el caso de Uruguay, la justificación de su análisis es doble ya que no sólo concurre el motivo anterior sino que se le agrega el deseo del Instituto de Derecho Internacional Privado de nuestra Facultad de Derecho, de iniciar el estudio de un proyecto de ley que recoja la evolución acaecida en estos últimos 40 años.

Por ese motivo, hemos querido efectuar una reseña de la evolución doctrinaria en la materia en cuatro áreas: en el campo europeo, en el campo norteamericano, en el interamericano y en el propio de nuestro país. La doctrina ha tenido una enorme influencia en el derecho convencional por lo que corresponde la exégesis tanto del texto de Roma sobre el punto en cuestión, como el de México en una quinta área de investigación.

Parece ocioso aclarar que este problema parece implicar la elucidación de una cuestión metodológica. En las páginas siguientes tendremos la oportunidad de apreciar si ella es o no tal.

SECCION PRIMERA

LA DOCTRINA

I. Posición de la doctrina en los países de derecho civil

Savigny: la comunidad de derecho exige la igualdad de todas las leyes

5. La visión que el Estado tiene de sí mismo ha influido en grado sumo sobre nuestra materia desde la época de la estatutaria holandesa hasta el día de hoy. Savigny no escapó a este enfoque. Basándose en la existencia de una comunidad jurídica de convicciones provocada por la herencia del derecho romano justiniano y por la influencia posterior de la religión cristiana, él afirmó la extraterritorialidad de todas las leyes⁽¹⁾. En su célebre Tomo VIII del *Derecho Romano Actual* manifestó

(1) "Cuanto más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos que debemos renunciar a ese principio de exclusión para adoptar el principio contrario. Es así que se atiene a la reciprocidad en la apreciación de las relaciones jurídicas entre los nacionales y los extranjeros frente a la justicia, con el fin de establecer una igualdad que reclama el interés de los pueblos y de los individuos. Si esta igualdad estuviera completamente realizada, no únicamente en cada Estado lo tribunales serían accesibles

que el problema a resolver en los casos de colisión, puede plantearse en los siguientes términos: *hay que determinar para cada relación jurídica el campo del derecho más conforme con su naturaleza propia y esencial de dicha relación*⁽²⁾. Pero, si bien el principio general llevaba a reconocer que el juez que tenía que decidir sobre una relación jurídica litigiosa en contacto con diferentes Estados independientes debía aplicar el derecho local en donde ella se localizaba, sin distinguir si ese derecho era el de su país o el de un Estado extranjero, Savigny creyó necesario aportar una restricción al mismo puesto que percibió que existían algunas leyes cuya naturaleza especial exigía apartarse de la comunidad de derecho y renunciar al principio de la igualdad jurídica de todas las normas. En presencia de dichas leyes, el juez debe aplicar exclusivamente el derecho nacional aún cuando el principio demandara la aplicación del derecho extranjero. El autor ensayó agrupar dichas excepciones en dos clases: las leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatorias que no admiten esta libertad de apreciación sino dentro de los límites de los diversos Estados; y las instituciones de un derecho extranjero cuya existencia no es reconocida en el foro y por lo tanto no pueden pretender la protección de los tribunales⁽³⁾.

6. En el plano del método, Savigny consideró que existen dos métodos posibles para adjudicarle a cada relación jurídica un determinado derecho. El primer camino fue el aportado por los estatutarios que consistió durante siglos, en la tarea de determinar el ámbito espacial de aplicación de las normas a fin de precisar cuáles son las relaciones jurídicas comprendidas dentro de dicho campo. El segundo camino se dirigió preferentemente a valorizar la naturaleza propia de la relación jurídica y precisar cuál es el derecho más conforme con dicha naturaleza. El autor alemán no se decidió por este segundo método en forma concluyente puesto

tanto a los extranjeros como a los nacionales (lo que constituye la igualdad de tratamiento para las personas) sino que en el caso de colisión de las leyes la decisión dictada respecto de la relación jurídica, sería siempre la misma cualquiera que fuere el país donde el juicio se hubiere pronunciado". Savigny, F.C. *Traité de Droit Romain*. Tome Huitième, Paris. 1860. Seconde Edition. CCCXLVIII. Droits territoriaux contradictoires dans des Etats différents. p. 30.

(2) Ibidem. p. 31.

(3) "Hasta aquí hemos llegado a reconocer que para pronunciarse sobre una relación jurídica en contacto con diferentes Estados independientes, el juez debe aplicar el derecho local al cual pertenece la relación jurídica litigiosa sin distinguir si el derecho es el de su país o uno extranjero. Sin embargo, debemos aprobar una restricción a ese principio pues existen muchas clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre los diferentes Estados. En presencia de estas leyes, el juez debe aplicar exclusivamente el derecho nacional en tanto que nuestro principio exigiría la aplicación del derecho extranjero". No obstante, para Savigny "todas estas reglas tienen ese carácter común de anomalía, ellas escapan a esta comunidad de derecho en general tan deseable. Pero se puede esperar que como consecuencia del desarrollo del derecho entre los diferentes pueblos, el número de esos casos excepcionales tenderá a disminuir". Ibidem. CCCXLIX *Droit territoriaux contradictoires dans des Etats différents*. p. 34 y ss. especialmente la p. 40.

que para él “esas dos maneras de examinar la cuestión sólo difieren en su punto de partida. La cuestión a resolver permanece siendo siempre la misma, y su solución no puede variar de un caso al otro”⁽⁴⁾.

La consecuencia inevitable de la ausencia de comunidad jurídica es la eficacia unilateral de las reglas de conflicto bilaterales nacionales

7. Desde la formulación de esta doctrina, ocurrida en el año 1849, hasta el día de hoy, el estudio del derecho positivo ha revelado la extrema rareza de las reglas de derecho internacional privado obtenidas por medio de Tratados internacionales y aún cuando se han redactado códigos verdaderamente muy completos - como el conjunto de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el Código Bustamante de 1928- una nueva dificultad aparece en el horizonte y que consiste en la imposibilidad de obtener una ratificación generalizada y a corto término, por lo que cada Estado se ha visto en la necesidad de establecer, por su propia cuenta, los principios de solución de los conflictos de leyes mediante reglas nacionales. En el caso de Uruguay, se formularon al efecto, reglas de derecho internacional privado para el caso de ausencia de Tratado en la parte final del Código Civil y actualmente en la ley N° 15.982 referida al Código General del Proceso y en la ley 16.060 sobre Sociedades Comerciales. Aún cuando esas reglas se encuentren formuladas de tal modo que parezcan fijar los límites a la aplicación de las normas jurídicas de derecho privado de todos los derechos del mundo, en realidad sólo pueden hacer referencia a la delimitación del orden jurídico nacional. Hoy día parece ingenuo el que se haya pensado de que todas las reglas de conflicto llegarán a ser iguales en su formulación y pronto se constató que dichas reglas no eran la expresión de una verdad universal.

8. Por tal motivo, para De Nova⁽⁵⁾ las reglas de conflicto deben ser interpretadas y analizadas como normas unilaterales en cuanto en puridad, sólo miran al interior del sistema. El legislador nacional sólo tiene poder en lo concerniente a la delimitación del campo de aplicación de sus propias leyes y no tiene títulos para precisar el campo de la obra legislativa de los demás países. Al establecer dichas normas, realiza una suerte de autolimitación debido a que el deslinde no podía alcanzar a los demás sistemas jurídicos integrados en Estados soberanos ubicados sobre un plano de igualdad, los que asumirán a su turno, sus propios criterios para

⁽⁴⁾ Ibidem. CCCXLIV. Introduction p. 6 y 7.

⁽⁵⁾ De Nova Rodolfo. *Conflicts des lois ets normes fixant leur propre domaine d'application*. Mèlanges offerts à Jacques Maury. 1960. I. p. 378.

la delimitación del campo de sus órdenes jurídicos nacionales. Algunos -como Gothot⁽⁶⁾- reivindicaron la visión unilateralista como doctrina y como teoría y llegaron a considerar que sería posible construir al derecho internacional privado sobre la base de reglas de conflicto unilaterales. Se trataría de reglas que cada legislador debe elaborar y que tendrían por objeto únicamente delimitar el campo de aplicación de sus propias leyes internas. La vocación de aplicación de las leyes extranjeras sólo se dará más allá del imperio de la ley del foro. Este enfoque merece algunas objeciones. En primer lugar, no plantea los méritos para la aplicación de la ley del foro efectuando una contraposición con los de la ley extranjera porque en realidad, nunca se va a proceder a una comparación entre ellas. En segundo lugar, puede suceder que los dos sistemas quieran aplicarse a fin de regular el caso (conflicto positivo) o que ninguno quiera hacerlo (conflicto negativo) lo que provoca cúmulos o lagunas normativas. La doctrina unilateral pura es una consecuencia de la idea de soberanía. Cada Estado soberano debe fijar el imperio de su propia ley puesto que pretender legislar para el género humano es invadir a las otras soberanías. Al no haber coordinación, el método unilateralista encubre el *forum shopping*.

Las normas que se apartan de la designación conflictual

9. En 1960 De Nova destacó que debía distinguirse un cierto fenómeno: entre aquellas reglas de conflicto que ordenan la aplicación de un derecho sustantivo nacional (*rechtswahlnormen*) de algunas normas internas delimitadas en el espacio (*räumlich bedingte Sachnormen*). En este último caso, se trataría de disposiciones de derecho material que indican específicamente las situaciones a las cuales ellas deben aplicarse. Son autolimitadas en cuanto a su aplicación en el espacio, ordenando la aplicación de una regla de fondo específica, de una norma especial establecida por el mismo orden jurídico. Se consideró entonces, que estos dos tipos de disposiciones producen efectos diferentes y deben ser distinguidas. En defensa de una visión del derecho internacional privado que permita la existencia de una

(6) "Ese principio del método unilateralista es, todos lo sabemos, el de que debemos aplicar a las leyes tal cual ellas son, es decir, aplicarlas a lo que ellas quieran aplicarse" Y citando a Lerebours-Pigeonnière expresa que "el mecanismo del conflicto de leyes excluye su deformación voluntaria. El juez francés debe pues, respetar la voluntad de aplicación de la ley francesa, es decir, aplicarla a todas las hipótesis que ella entienda que debe ser aplicada. Sólo en el caso en que ninguna ley francesa reclame para sí la competencia puede ser puesto en funcionamiento la otra base del método uniteralista, aquél que Quadri llama el principio de adaptación del orden jurídico del foro a los órdenes jurídicos extranjeros. El último invita a aplicar en Francia la regla extranjera que "quiera" aplicarse. De este modo, el Estado del foro presta su apoyo a la voluntad legislativa extranjera prolongando su orden tanto como ella lo desee y al mismo tiempo se evita romper la continuidad de la vida jurídica de los individuos". Gothot, Pierre. *La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats*. Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale. 1979. p. 9.

variedad de reglas creadas con la pretensión de organizar a la vida internacional, Graulich⁽⁷⁾ sostuvo que en forma independiente de la norma de conflicto general, debe admitirse la posibilidad de crear ciertas reglas que prescriban la aplicación del derecho interno desde el momento en que se encuentren reunidas ciertas condiciones y sin mirar, en primera instancia, al hecho de que la regla de conflicto de leyes atribuya competencia al derecho interno o al derecho extranjero. Su campo se sitúa sobre el plano de los textos de derecho interno y expresarían lo que se puede llamar un principio rígido del orden público, Y el autor ya percibió en dicha época, que era en el fin mismo de las normas internas en donde están contenidos los criterios de su esfera de eficacia.

10. Dicho condicionamiento espacial se encontraría dependiente de consideraciones políticas y que por ser tales, difieren esencialmente de los fundamentos sobre los que se apoya la solución de los conflictos de leyes. En realidad, no se trata únicamente de fijar el campo de aplicación a dichas reglas sino de determinarles una esfera de aplicación *extraordinaria*, por cuanto el legislador es llevado a extender la aplicación de la ley dictada para las relaciones internas a ciertas relaciones internacionales, no ya con el fin de obtener una reglamentación satisfactoria de esas relaciones haciendo justicia a los intereses privados sino debido a las necesidades de cohesión y de eficacia del derecho interno que exigen esta competencia anormal. Aún así, debemos hacer notar que no todas las normas imperativas son de aplicación necesaria, pero sí se da la inversa. Las normas imperativas simples sólo son aplicables si pertenecen a la ley reguladora, por ejemplo, del contrato. Si no pertenecen a ella, no lo son. Las normas de aplicación necesaria en cambio, deberán aplicarse cualquiera sea la ley reguladora del contrato, ya pertenezcan a la *lex fori* o a un derecho distinto. Desaparece por tanto, el problema del renvío, el del orden público y de la calificación, dado que no existe el presupuesto de que debe reconocerse el carácter internacional de la relación y el análisis del contacto que manifiestan con ella, otras legislaciones.

11. El punto de partida del razonamiento defiere en ambos tipos de reglas. En las reglas de conflicto clásicas, se toma en consideración principalmente, la necesidad de culminar en una reglamentación satisfactoria de las relaciones privadas extranacionales en función de sus propios imperativos. En tanto que en las normas imperativas absolutas se tiene en cuenta a las exigencias del sistema del foro sobre el plano de su coherencia y de su eficacia. La coherencia de la vida social llevaría a extender el campo natural del derecho interno incluyendo dentro de su regulación a un cierto número de relaciones internacionales. Se trata en suma, únicamente de aplicar una ley interna a una situación que ella considera en forma imperativa como de su competencia exclusiva.

⁽⁷⁾ Graulich, Paul. *Règles de conflit et règles d'application immédiate*. Melanges Jean Dabin. 1963. II. p. 629. ver también Nussbaum, Arthur. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Depalma. 1947. p. 83 y 84. en donde alude a las reglas espacialmente condicionadas.

12. Ballarino señalaba que a pesar del interés de la cuestión, no era posible -en la década de los años sesenta- una sistematización de la materia⁽⁸⁾. Al respecto se presentaban una serie de problemas. En primer lugar, la insuficiencia de los criterios de individualización de estas normas autolimitadas, puesto que hasta ese momento sólo venían determinadas mediante su referencia al efecto derogatorio que tenían frente al sistema de derecho internacional privado⁽⁹⁾. En segundo término, faltaba una distinción clara entre el elemento caracterizante de las normas autolimitadas y el de aquellas otras normas que pudieran tener la misma eficacia. En tercer lugar, el criterio de conexión se revelaba insuficiente puesto que la especialidad podría manifestarse como siendo la consecuencia de otras circunstancias lo que impedía una sistematización adecuada. Y por último, porque había surgido la cuestión de si se debería o no atribuir relevancia jurídica a las normas de esta clase que no integran el orden jurídico del foro sino que se encuentran insertas en una legislación extranjera.

La satisfacción de las necesidades de las sociedades nacionales conduce a un tratamiento preferente de la organización estatal

13. El ambiente existente, en el que el dirigismo estatal marcaba un intervencionismo cada vez más acentuado, produjo un clima cada vez más propicio al análisis doctrinario de este fenómeno normativo en el campo del derecho internacional privado. La pluma de Phocion Francescakis -en un artículo hoy célebre por haber provocado el debate- identificó claramente el problema y marcó sus límites, precisando además, la genealogía de las normas de derecho interno de aplicación inmediata⁽¹⁰⁾. Se han propuesto numerosas denominaciones para identificar al fenómeno: reglas especialmente condicionadas, normas perentorias, normas de derecho material autolimitadas, normas necesarias, etc. y él se lamentó del éxito de la denominación que le adjudicó puesto que la expresión leyes de

(8) Balarino, Tito. *Norme di applicazione necessaria e forma degli atti*. 47. Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale. 1967. p. 708 y ss.

(9) Según Nussbaum "el reino de las reglas internas 'especialmente condicionadas' es amplio e inexplorado... sin duda se halla separado de las divisiones tradicionales del derecho internacional privado: elección de la ley aplicable y de jurisdicciones, pero no obstante está indisolublemente entrelazado con ellas. En la medida de su alcance, tales reglas están por encima de una norma contraria de conflicto de leyes". Nussbaum, Arthur. op. cit. p. 85.

(10) Francescakis, Phocion. *Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*. Revue Critique de Droit International Privé. 1966. p. 1, aunque ya había comenzado a analizar el fenómeno en su obra *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris. 1958. p. 11 y ss. Ver, igualmente del mismo autor: *Lois d'application immédiate et les règles de conflit*. RDIPP. 1967 y *Y a-t-il de nouveau en matière d'ordre public?* Travaux. 1966-69. p. 149.

aplicación inmediata le parecía improvisada y en definitiva, algo puramente descriptivo⁽¹¹⁾ prefiriendo el de leyes de policía. En un principio, el autor justificó su denominación debido al hecho de que el calificativo "inmediato" estaba encargado de sugerir que el razonamiento no pasaba por intermedio del procedimiento de los conflictos de leyes. En éste último se parte del análisis de un cierto tipo de relaciones humanas expresadas en términos más o menos jurídicos: el estado de las personas, los delitos, la forma de los actos, el procedimiento, etc. Se supone luego que a propósito de ese tipo de relaciones, diversas leyes internas de los Estados con las cuales presenta "conexiones" se hallan en conflicto por cuanto cada una de ellas quiere regularla. Teniendo en cuenta la importancia respectiva de cada una de dichas "conexiones", se le atribuye finalmente a una de esas leyes en conflicto, la regulación de la relación. A pesar de todo, esta solución no siempre era posible porque luego de haber hecho funcionar a la regla de conflicto, puede aparecer la noción de orden público internacional atacando la solución proporcionada por la ley extranjera cuando ella se enfrenta con los principios fundamentales del orden jurídico del foro competente y en virtud de esta valoración, se puede llegar a descartar la solución conflictual. Aún contando con esta vía de escape, Francescakis constató que la jurisprudencia no siempre se atiene a esta forma de razonamiento

⁽¹¹⁾ La bibliografía sobre el tema es cada vez más amplia, además de la que se cite específicamente, puede verse: Ballarino, Tito. *Norme di applicazione necessaria e forma degli atti*. 47. RDIPP. 1967. p. 707, Chenoux Jean Luc. *L'application par le juge des dispositions impératives étrangères non désignées par la règle de conflit du for: étude l'article 18 du projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé*. Forum. II. p. 61, De Nova, Rodolfo. *Norme autolimitate e autonomia delle parti*. Mutitudo legum ius unum. Melanges Wengler. 1973. II. p. 617, Ibidem. *Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application*. Melanges offerts à Jacques Maury. París. 1960. p. 377, EEK, Hilding. *Peremptory norms and private international law*. Recueil des Cours. 1973. T. 139. p. 9, Graulich, Paul. *Règles de conflit et règles d'application immédiate*. Melanges Jean Dabin. 1963. II. p. 629, Lipstein, Kurt. *Inherent limitations in statutes and the conflict of laws*. The ICLQ. 1932. Essays in honour of Hohn Humphry Carlile Morris. p. 184. Ibidem. *les normes fixant leur propre domaine d'application: les expériences anglaises et américaines*. Travaux. Séance 1979. p. 187, Marín López, Antonio. *Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado* REDI. 1970. p. 19, Mayer, Pierre. *Les lois de police*. Travaux. Journée, commémorative du Cinquantenaire. 1985. p. 105, Mengozzi, Paolo. *Norme di applicazione necessaria e progetto di Convenzione CEE sulla lege applicabile alle obbligazioni contrattuali*. CXC VII. Archivio Giuridico. 1973. fax. 1, p. 3, Mosconi, Franco. Norme di applicazione necessaria e norme di conflitto di origine convenzionale. 47. RDIPP. 1967. p. 730, Overbeck, Alfred von. *Le norme di applicazione necessaria*. 2. Quaderni giuridice italo svizzeri. Il nuovo DIP in Svizzera. 1990 p. 23, Pérez Beviá, José Antonio. *Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*. REDI 1982, p. 99, el mismo artículo en la Revue Hellenique de Droit International. 1982. p. 16, Pocar, Fausto. *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*. 47. RDIPP. 1967. p. 734, Sperdutti, Giuseppe. *Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*. Revue Critique. 1977. p. 257, el mismo artículo en RDIPP: 1976. p. 469, Treves, Tullio. *Norme dispositive e inderogabile di diritto internazionale privato, ordine pubblico e deliberazione di sentenze straniere*. RDIPP. 1966. p. 780, Ibidem. *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*. RDIPP. 1983. p. 25, Zanobetti Pagnetti Alessandra. *Diritto internazionale privato, norme di applicazione necessaria e adozione speciale di minori stragnieri*. CXC V. Archivio giuridico. 1978, fax. 1 e 2. p. 195.

“clásico”, puesto que en ciertos casos, se ha tenido la impresión de que todo sucede como si existieran leyes de derecho interno aplicables inmediatamente sin recurrir a la intermediación de la regla de conflicto de leyes que posiblemente hubiere indicado que la ley del foro era la competente para regular a la relación. De este modo, afirmó que la regla de conflicto no sólo no era el único tipo de norma consagrada por nuestra rama sino que debería ser catalogada como insuficiente para realizar ella sola el tratamiento jurídico de todos los hechos a los cuales se aplica. Así como hay reglas sustantivas internacionales, existen también reglas que apuntan a la aplicación inmediata de las normas de derecho interno del foro.

14. Francescakis señaló que no existió siempre el imperativo ineludible de regular a las relaciones jurídicas privadas internacionales recurriendo al procedimiento de los conflictos de leyes. En la época estatutaria el procedimiento comenzaba por retener en primer lugar a la ley para luego preguntarse a qué relaciones humanas ella se aplicaba. Como hemos señalado *ut supra*, Savigny consideró que los dos procedimientos eran válidos y que sólo era una cuestión de opción. Opción que fue desconocida por la doctrina posterior y especialmente por Bartin al afirmar la unicidad y la universalidad de la regla de conflicto. Por ese motivo, retomando la vieja enseñanza savigniana, reconoció que los tribunales tienen el derecho de razonar, en ciertos casos, de una manera que puede parecer a primera vista heterodoxa debido a que sólo tiene en cuenta el respeto a la ley escrita. A veces las legislaciones se hallan dotadas de reglas escritas que definen su campo de aplicación, por ejemplo: en materia de reglamentación de cambios. En estos casos, el intérprete no se plantea ningún problema, estas leyes hay que respetarlas sin más.

15. La naturaleza de estas leyes de aplicación inmediata es revelada por su objeto. Se tiene la impresión de que en el conjunto son un tanto heteróclitas y excepcionales. Son casos en los que no sólo hay intereses particulares, o el interés común en tanto que suma de intereses particulares, sino más bien el conjunto de esos intereses en tanto que ellos resultan tomados a su cargo por la organización estatal. Es esta organización la que sufriría si no se le asigna un campo de aplicación adecuado. La noción ha conocido un éxito inusitado a medida que la organización estatal se va afirmando, y que los objetivos políticos, culturales, sociales, económicos, etc. que el Estado intenta consolidar son cada vez mayores⁽¹²⁾.

(12) Algunos autores han distinguido entre reglas de aplicación inmediata y la subcategoría de leyes de policía. Si bien todas las leyes de policía son leyes de aplicación inmediata no se da siempre la proposición inversa. Estas últimas serían las que un determinado texto (ley que no es de policía) o cuya función social (ley de policía) exige un régimen específico en el marco del procedimiento de los conflictos de leyes. En las normas de aplicación inmediata es sólo la voluntad del legislador la que le da una aplicación más extensa, no es por tanto, una exigencia de su fin. Ley de policía sería aquélla cuya función social exige la aplicación de un campo mínimo que se deduce de esta función. Lo propio es el vínculo que une el tenor de estas leyes a su campo de aplicación inmediato. La

16. Según Francescakis “la idea encuentra su fundamento en el estado actual de la sociedad internacional. La protección del orden interno constituye el primer e inmediato deber que los Estados deben ejercer para el bien mismo del orden internacional”. Cada vez que la organización del Estado se encuentre cuestionada, puede aparecer difícil, intolerable o imposible, la aplicación de las leyes extranjeras porque lo propio de esta organización es la de no sufrir la intromisión de elementos heterogéneos. Las leyes que reflejan la organización estatal tienen necesidad de un campo de aplicación que les asegure su eficacia. Esta manera de concebir el campo de las leyes de aplicación inmediata podría contribuir a superar las dificultades que nacen en el derecho internacional privado respecto de la distinción entre el derecho público y el derecho privado. La progresiva inmixción del primero sobre el segundo ha provocado la existencia de una “zona gris”, difícil de delimitar como perteneciente a uno u otro campo y que las normas bajo análisis pretenden en cierto modo, abarcar. Sucede a menudo, que los objetivos económicos y sociales de una misma disposición no son separables, por ej. la legislación laboral tiene un carácter social e igualmente forma parte de una política económica. Incluso en el campo del dirigismo económico se ha dado nacimiento a un derecho económico dotado de elementos de derecho público y de derecho privado que a menudo son indisociables. Es el caso de la legislación sobre precios o anticartels, las intervenciones en el campo monetario que fueron ya citadas, y cuyos efectos repercuten sobre los contratos, etc.

17. Por el hecho de reconocer la existencia de esta clase de normas, Francescakis no busca abarcar con ellas a todo el ámbito del derecho internacional privado. No propugna un unilateralismo extremo como Niboyet o Quadri, sino que les reconoce una unilateralidad parcial. Sólo es cuestión de fijar unilateralmente el campo de esas leyes que tengan el rasgo común de cuestionar a la organización estatal. Lo que queda fuera de ese campo será resorte de las reglas de conflicto de tipo clásico de Savigny en la medida en que ellas escapan a la acción prioritaria de la ley del foro. La dualidad de métodos que implica esta concepción corresponde según él, a un enfoque natural del pensamiento. Cuando nos ubicamos desde el punto de vista de un Estado se pregunta, ante todo, si la competencia es de sus leyes y sólo en la negativa se plantea la cuestión de la competencia de las leyes

presencia de este vínculo permite darles el carácter de ley de policía sin el soporte de su texto. Pommier, Jean-Christophe. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*. Paris. 1992. Para dicho autor, las Convenciones internacionales sólo hacen referencia a las segundas, las que regirán imperativamente al contrato. Cualquiera que fuere la *lex contractus*. Para Treves, las imperativas simples entran de pleno en el estatuto contractual, son aplicables si pertenecen a la ley reguladora. Las otras, deben aplicarse cualquiera sea la ley que regule al contrato, pertenezcan a la *lex fori* o a un derecho distinto. En este último caso se discute en qué medida es posible tenerlas en cuenta. Treves, Tulio, op. cit.

extranjeras. El deber primero e inmediato de los Estados es por el momento, la protección del orden interno por el bien mismo del orden internacional.

Las normas de aplicación inmediata constituyen crisálidas de futuras reglas de conflicto más específicas

18. Para Annie Toubiana⁽¹³⁾, la aparición del fenómeno desarrollado anteriormente no habilita para apartarse de la competencia de la ley designada por el procedimiento general de los conflictos de leyes. Es cierto que el pasaje del Estado liberal al Estado dirigista no sólo ha producido una hipertrofia de la noción del orden público sino que ha modificado también la noción misma del contrato. Este ya no tiene el grado de libre elaboración voluntaria entre dos particulares sino que se ha transformado en el instrumento de realización de una determinada política económica o social cuya oportunidad y determinación escapa totalmente a los sujetos privados. La intervención de los imperativos socio-económicos en el campo contractual, cuestiona más bien el campo de la regla de conflicto que su tenor. La dificultad sin embargo, no es propia del contrato sino de la misma regla de conflicto que postula la elección de una sola ley entre todas las que tienen una vocación a aplicarse.

19. La naturaleza de las disposiciones relativas a la intervención del Estado se presta mal a una única conexión de la operación contractual lo que provoca una distorsión lamentable mediante la utilización repetida de la noción de orden público. En dicho contexto, el contenido del contrato resulta fijado imperativamente por disposiciones que no apuntan al establecimiento de relaciones contractuales equilibradas sino más bien a la satisfacción de fines económicos o sociales evidentes, tales como la organización del mercado de trabajo, la estabilización o el mejoramiento de las crisis de arrendamientos, etc. En estas circunstancias, el campo contractual parece reducirse dejando lugar a un estatuto legal en donde la única libertad de las partes consiste en no contratar. Esta intervención generalizada de los Estados muestra que la noción de ley de policía del contrato está hoy superada y se la ha sustituido por la expresión más general de ley de policía con el fin de recubrir a las diversas intervenciones del Estado.

Si bien el elemento determinante fue el interés en la organización estatal que dichas normas reflejaban, Toubiana reconoce que el predominio del Estado sobre la vida privada es tan importante en nuestros días, que ello provocó un efecto expansivo hacia cualquier elemento referente a la organización jurídica que interese directamente a la sociedad estatal. Comprendería entonces, igualmente a todas las formas de organización que no derivan de la iniciativa directa del Estado pero que pueden ser de importancia vital para él.

(13) Toubiana, Annie. *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*. Paris. 1972.

20. Sin embargo, para Toubiana no resulta pertinente consagrar una oposición entre las leyes de aplicación inmediata y las reglas de conflicto debido a que si bien el procedimiento de las primeras se distingue con cierta claridad, no se ha llegado todavía a un método general de conexión propio y específico a las leyes de policía. El deseo de coherencia y de eficacia en el sistema del foro no debería de ningún modo ser incompatible con una regulación satisfactoria de las relaciones humanas. Para ella si se aplica la ley del foro en forma inmediata es porque deben haberse hallado lazos importantes con el foro. Pues bien, esta solución podría perfectamente ser llevada a cabo a través de una regla de conflicto. Por eso piensa que en la aplicación inmediata de la ley del foro se percibe el funcionamiento de una regla de conflicto unilateral susceptible de ser bilateralizada, como les ha sucedido por otra parte, a la casi totalidad de las reglas de conflicto clásicas formuladas en sus inicios, bajo una forma unilateral.

Las leyes de policía extranjeras

21. La determinación de las leyes de policía del foro no presenta mayores problemas. Tampoco aquéllas que se encuentran dentro del orden jurídico designado por las partes mediante la *electio iuris*. Pero la cuestión se puede presentar no ya respecto de los casos citados sino de aquellas leyes de policía que no forman parte de ninguno de los dos sistemas aludidos. Toubiana considera que parece legítimo reservarles a las leyes de policía extranjeras un lugar simétrico al que le es asignado a las leyes de policía del foro las que funcionarían también, al lado de la ley del contrato. Así como en el foro existe una categoría de leyes que obedecen a una conexión particular, debería reservarse idéntica suerte a las leyes extranjeras que gocen de similares características a fin de respetar la contextualidad de su orden jurídico. Sólo una cierta simetría, una paridad de tratamiento, permitiría borrar el carácter nacionalista de estas soluciones que fueron adoptadas, en un principio, en favor de la ley del foro. La solución aportaría, de este modo, decisiones susceptibles de ser reconocidas internacionalmente lo que atenuaría la disparidad de la ley del foro y de las leyes extranjeras pues se respetaría el principio rector de igualdad de tratamiento de las leyes de la misma naturaleza. Con miras a obtener la armonización de las relaciones internacionales, a ella le ha parecido necesario la conciliación de los distintos dirigismos estatales, aunque en realidad, no se trata de buscar a todas las leyes que son susceptibles de invalidar o de impedir la ejecución del contrato puesto que tal radicalismo paralizaría al comercio internacional. La búsqueda por tanto, sólo debe hacerse dentro de límites muy estrictos de manera que repose sobre el difícil equilibrio entre la unidad del contrato y la armonización de las relaciones internacionales. Esas leyes deberían ser aplicables aún cuando emanen de un legislador extranjero y su carácter de leyes

políticas, o de derecho público o de policía y seguridad, no impiden su aplicación por el juez extranjero. La consideración de las leyes de policía extranjeras se encuentra impelida pues por un movimiento coordinador que proclama la solidaridad entre los Estados para respaldarse mutuamente en sus políticas legislativas y permite descorazonar las maniobras de aquéllos que buscan servirse de los órdenes jurídicos nacionales. Hay que desechar la repugnancia que manifiestan ciertos jueces de dar efectos jurídicos a disposiciones inspiradas en preocupaciones económicas o sociales contrarias a la libertad contractual y que aparentan más bien, ser una medida de combate contra la ingerencia de elementos de extranjería en cada uno de los ordenamientos jurídicos que las contienen. No hay que rechazarlas por su naturaleza, mediante la utilización de la excepción de orden público, sino que hay que atender el fin que ellas persiguen. Acá debe imperar un espíritu de colaboración en las relaciones internacionales.

22. La solución entonces, sería crear un método de conexión de las leyes de policía sobre el plano internacional. El espíritu de colaboración que preside hoy día a las relaciones internacionales puede encontrar aquí un terreno en donde se pueda concretar rápidamente. La generalización del fenómeno del dirigismo estatal en la mayor parte de los países hace necesaria esta cooperación salvo los límites que imponga el orden público. Según ella, la aparición de tres factores puede facilitar esta tarea. Primero, la existencia de una cierta identidad entre la legislación del foro y la legislación extranjera cuya aplicación esté en juego. Segundo, el establecimiento de lazos amistosos entre el país del legislador y el país del juez, ya sea por tener una ideología común o un sistema político o económico parecido. Tercero, la creación de lazos convencionales entre esos países, sin perjuicio siempre, de la posibilidad de hacer intervenir al orden público internacional.

23. La solución propuesta amerita algunos reparos. La formulación de una regla general de conexión parece una cuestión delicada en razón de la heterogeneidad de esta categoría de leyes. La redacción de una regla única se manifiesta como poco realista. Los criterios de conexión que son retenidos para unas pueden no serlo para las otras. Frente a esta dificultad, Toubiana propone una solución general: bilateralizar en cada caso las soluciones admitidas en las leyes de policía del foro. Estos criterios de conexión a la ley del foro pueden servir legítimamente como criterios de conexión a las leyes extranjeras. El hecho de que las leyes de policía extranjeras determinen ellas mismas su propio campo de aplicación no sería un obstáculo a su designación por una regla de conflicto. Concluye insistiendo que, en general, los criterios de aplicación de las leyes de policía son muy parecidos en la mayor parte de los sistemas jurídicos. Sólo podrá surgir un problema cuando el foro haya utilizado puntos de conexión alternativos que impidan bilateralizar las disposiciones ya que no se podría dar preferencia a uno u otro de los puntos de

contacto. Aún en esta situación ella piensa que se puede dar preferencia a aquél de los criterios que proporcione una solución positiva al caso. Sin embargo, pensamos que para ello se han creado las reglas de conflicto con una orientación material⁽¹⁴⁾. El segundo inconveniente que observa, es que el procedimiento de bilateralización sólo puede ser utilizable cuando en el foro, existan disposiciones que tengan la calidad de leyes de policía, de lo contrario no habría un medio para identificar a sus homólogas extranjeras. De todos modos, ella no ve en esta situación un problema insoluble, puesto que el hecho de que el foro ignore la noción no parece ser una causal para oponerse a las conexiones que permitan aplicar una ley de policía extranjera.

La comunidad política versión moderna de la comunidad jurídica

24. France Deby-Gerard participa en gran medida del pensamiento de Toubiana⁽¹⁵⁾.

Igualmente relativiza el alcance real de la doctrina sobre las reglas de aplicación inmediata y concluye que salvo un modesto residuo de normas de aplicación unilateral, el conflicto de métodos tan debatido por la doctrina ha resultado ser sólo un mito. A sus ojos, el principio de la aplicación inmediata de las leyes nacionales reúne todos los caracteres de una regla de conflicto: aparece la elección de un punto de conexión, la determinación del campo de aplicación en el espacio en función de dicho punto y la posibilidad de su bilateralización. La regla de conflicto simplemente es aquí especial, en el sentido de que la conexión que es tomada en cuenta, no es general ni abstracta como en las conexiones clásicas de la nacionalidad, del domicilio, del lugar de situación de los bienes, etc.

25. Esta situación impide el establecimiento de un estatuto propio a todas las leyes de policía. En su lugar, hay que definir conexiones más específicas a cada una en función de su contenido, campo que está aún por hacerse. A diferencia de las conexiones generales que reposan sobre el objeto de las leyes: personas, bienes, actos y hechos jurídicos, etc., las conexiones específicas están establecidas en razón del contenido concreto de las reglas a partir del cual se determina su campo de aplicación, porque precisamente no es posible definir las por un objeto común. Ese lazo estrecho entre el contenido -fruto de una determinada política legislativa- y la conexión, hace más difícil su empleo. El contenido de ese campo extraconflictual que recubre el vocablo leyes de policía debe ser lo suficientemente homogéneo

⁽¹⁴⁾ Ver Santos Belandro, Ruben. *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de la personas*. Montevideo. 1991.

⁽¹⁵⁾ Deby-Gerard, France. *Le rôle de la règle de conflit*. Paris. 1973.

como para que se le pueda considerar opuesto al procedimiento de los conflictos de leyes. Debería ser tratada como una excepción unitaria y coherente, susceptible de sistematización y no una interminable sucesión de ataques ocasionales. Pues bien, ¿existe un común denominador a todas ellas? Deby-Gerard piensa que aún cuando se trata de reglas impregnadas de un particularismo especial, nunca dejarán de ser normas de conflicto.

26. La pretendida teoría de las leyes de aplicación inmediata intenta plantear una nueva concepción del derecho internacional privado al admitir el carácter heterogéneo de todo sistema *ius internacional privatista*. Dicha heterogeneidad resultaría del reconocimiento de que al lado de las reglas de conflicto existiría una categoría particular de normas: las leyes de policía, cuya aplicación en el espacio debería efectuarse en base a criterios propios tomándose en consideración a la norma misma y no a las situaciones concretas que ella está llamada a regir. Para Deby-Gerard, ellas responden perfectamente a la definición de normas unilaterales dada por nuestra ciencia, aún cuando Francescakis haya reconocido que esa unilateralidad es sólo parcial, en cuanto reconoció que eran un procedimiento concurrente en el seno de un sistema de derecho internacional privado conflictual. De todos modos, nos parece obvio que la admisión del unilateralismo engendra, por necesidad, una verdadera descalificación de la regla de conflicto. La tarea del juez será la de consultar necesariamente en primer lugar a sus propias normas internas a fin de ver si una de entre ellas alguna desea aplicarse a los hechos litigiosos. Luego acudirá a las de igual naturaleza designadas por la ley del contrato o que guarden con el un vínculo estrecho. Sólo en el caso de una respuesta negativa, se deberá recurrir a las normas de conflicto de leyes. La regla indirecta no sólo pierde así, su pretensión a la plenitud como procedimiento de solución en el derecho internacional privado sino que además adquiere una necesaria subsidiariedad debido a que sólo podrá actuar en el caso de inexistencia o un desinterés de las normas unilaterales.

27. Deby-Gerard se interroga si aún reconociendo la existencia de objetivos socioeconómicos de extrema importancia para toda sociedad estatal tal constatación merece que se desplieguen tantos esfuerzos como para plantear una nueva teoría de derecho internacional privado ¿Vale la pena sacrificar la unidad de método en nuestra ciencia?. Para la autora, la doctrina debería jugar un papel al respecto: la de ver en ellas a normas jurídicas cuya aplicación se determina mediante reglas de conflicto particulares. O sea que deberían ser consideradas como a una *lex specialis* que derogaría a la *lex generalis*, éstas últimas representadas por las conexiones clásicas⁽¹⁶⁾. No hay aquí en definitiva, un método propio, la aplicación de las leyes

(16) Estas autoras proclaman la existencia de reglas de conflicto savignianas pero especiales, pero al admitir que estas reglas se aplican a leyes y no a relaciones jurídicas, entonces, el bilateralismo no es savigniano sino estatutario. Por ello, para Ferry sería mejor denominarlas neo-estatutarias.

de policía lejos de ser “inmediata” necesita acudir a una regla de conflicto. Las reglas de aplicación inmediata se aplican por el juego de las reglas de conflicto, las que revisten una expresión voluntariamente unilateral.

28. Esta distinción formal se borraría no obstante, desde el momento en que pueden ser susceptibles de recibir una interpretación bilateral. De todos modos, sería abusivo ver en esta determinación unilateral del imperio de las leyes en el espacio a un procedimiento perfectamente distinto del conflicto de leyes. En realidad, toda fórmula unilateral puede ser reinvertida, todo precepto puede recibir una reformulación centrada sobre la situación litigiosa más que sobre el campo de aplicación de la ley. Por este motivo, la noción de leyes de aplicación inmediata no presentaría para la colega francesa, casi interés práctico o doctrinal. Lo que importa en última instancia es determinar si la disposición deroga a la regla de conflicto del derecho común, por ser más especial, o si se limita a confirmar a la primera.

29. La conclusión a la que arriba la autora es la de que si estas reglas merecen ser objeto de estudio, lo serán en tanto que crisálidas en formación y no en tanto que seres perfectos. Es normal que ocasionalmente la regla de conflicto pueda estar afectada de una falta de aptitud para regular determinada situación, pero en teoría el número de conexiones es limitado y nada impide descubrir otras nuevas encontrando de este modo, una regla de conflicto más específica y adaptada a la relación jurídica. Esas nuevas reglas de conexión están en vía de formación actualmente, como estuvieron en el pasado las que hoy están consagradas por la doctrina y el derecho positivo. El procedimiento de bilateralización es siempre posible en tanto que se le proporcione su justo valor a los objetivos de los legisladores. Hay que evitar soluciones dispares favoreciendo la simetría de soluciones, de esta manera se abandonará en cada caso, el espíritu particularista. En suma, para esta posición, no existe un estatuto de las leyes de policía sino que sólo hay reglas de conflicto especiales en estado de génesis a las que es legítimo darles una interpretación bilateral. Con la aparición de estas normas es cierto que se rompe momentáneamente la racionalidad del sistema de conflicto de leyes, pero este inconveniente, en definitiva, será sólo temporario.

No es un problema metodológico sino de interpretación del fenómeno

30. En una reciente obra, el profesor Vincent Heuzé⁽¹⁷⁾ considera que la discusión planteada conduce a la disyuntiva de pensar que o bien los tribunales deberán calificar a las reglas que son de policía y aplicarles el método propio cuando

⁽¹⁷⁾ Heuzé, Vincent. *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*. Paris. 1990.

ellos lo consideren pertinente -lo que conducirá a la arbitrariedad- o la teoría de las leyes de policía es falsa. Sin embargo, para él el fenómeno debe ser interpretado de otro modo. El aboga por cuestionar no la existencia del fenómeno sino su interpretación. No hay dudas de que a veces los tribunales se ven obligados a aplicar inmediatamente ciertas reglas sustanciales sin observar si pertenecen o no al orden jurídico designado por la regla de conflicto pero rechaza el pensamiento de que se aplique realmente en el caso un método especial de derecho internacional privado. Concebir el problema como una cuestión metodológica es inadmisibles debido a que la precisión de la teoría que lo apoya no es su principal mérito.

Y además tiende a conferirle legitimidad a un *lexforismo* que no permite justificar ninguna consideración práctica. En ellas, el foro quiere hacer prevalecer sus soluciones en todos los casos. Poco le importan los derechos extranjeros porque siempre debe ser aplicada la *lexfori*.

31. El vicio fundamental de las leyes de policía según Heuzé es que busca presentar a un simple factor de perturbación de un sistema conflictualista bilateral como un mecanismo de regulación de las relaciones internacionales totalmente incompatible con él. Tiende además, a confundir la imperatividad interna de la imperatividad en las relaciones internacionales. La previsibilidad de la ley aplicable y la seguridad de las partes pueden verse gravemente afectadas porque la tendencia del juez al *lexforismo* puede hallarse oculta y justificada mediante la salvaguarda de un ilusorio interés del Estado del foro en ver aplicada su propia ley lo que lleva a un ataque a la armonía internacional que busca el derecho convencional.

32. Los dos métodos corresponden a dos formas de asegurar el predominio de las concepciones del foro en la regulación de las relaciones internacionales. La regla de conflicto es minimalista en cuanto se limita a aceptar al derecho extranjero descartando sólo aquellas disposiciones que aparezcan verdaderamente como inadmisibles. La norma de aplicación inmediata es maximalista, impide toda intervención del derecho extranjero. Estos dos métodos no pueden ser aplicados acumulativamente en un mismo campo, ellos se excluyen mutuamente. Reconocer como lo hacen las Convenciones internacionales, la pertinencia simultánea en el campo de los contratos de la ley de la autonomía, del principio de la proximidad y de las reglas de aplicación inmediata, no hace difícil imaginar los conflictos de reivindicaciones de competencias que pueden resultar de su aplicación simultánea. Y aún cuando aceptemos inclinarnos frente a las reivindicaciones de competencia de cada una de estas leyes sobre una parte del contrato y se proceda de este modo a un completo *depeçage* del mismo, jamás se llegaría a satisfacer a todos aquellos Estados que quisieran someter íntegramente el contrato a su ley.

Respondiendo a los que consideran que la regla de conflicto no tiene suficientemente en cuenta a los intereses estatales, sostiene que la protección de estos intereses sólo constituye uno de los objetivos de la regla de conflicto y de ningún modo es su razón de ser. Hay además que preocuparse por asegurar una regulación satisfactoria del vínculo entre los sujetos privados. Los intereses estatales no deberían ser de ninguna utilidad para la determinación de la *lex contractus* debido a que éstos son a menudo contradictorios de un país a otro.

¿Debe aceptarse esa fastidiosa dualidad de métodos?

33. Para Karaquillo la diferencia está más allá de una simple expresión de matices puesto que el criterio de aplicación de esas leyes no responde a la misma inspiración que en las otras. No se busca elegir la ley más adecuada para regular a la situación jurídica internacional puesto que esas leyes rigen al conjunto de las relaciones jurídicas sin preocuparse del elemento de extranjería. En realidad aparecen como un procedimiento distinto de la técnica clásica de regulación de las relaciones internacionales. Las leyes de aplicación inmediata son reglas que basan su competencia en su contenido y que por ese hecho actúan procediendo a una delimitación unilateral de su campo de intervención. Ellas quieren olvidar el carácter internacional de la situación atribuyéndole a una ley interna un campo de aplicación exorbitante cualquiera que fuere la ley elegida por la regla de conflicto de leyes. Su principal característica es la de ser aplicadas con exclusión de toda otra, en razón del objetivo perseguido.

34. Por lo tanto, la visión reduccionista o neo-conflictualista de las profesoras Toubiana o Deby-Gerard que sólo reconoce al lado de las reglas de conflicto clásicas, la existencia de reglas de conflicto especiales debido a que les resulta inadmisibles el abandono de la idea comunitaria, para Karaquillo no puede ser aceptada. Sería sorprendente que tal regla indirecta pudiera ser elaborada, puesto que la función propia de las reglas de conflicto bilaterales se vería así deformada⁽¹⁸⁾. Al contrario de las reglas de conflicto clásicas, estas reglas de conflicto especiales procederían más bien a la delimitación del campo de validez de cierta categoría de leyes. Además, tendríamos que suponer que la intervención estatal pueda ser guiada en la mayoría de los Estados hacia el mismo -fin y ello es poco verosímil. Todo lo contrario, esta intervención aparece como esencialmente particularista, especial, no sólo a cada Estado sino diferente también, en el mismo orden jurídico según las épocas por lo que la bilateralización de esas leyes de aplicación inmediata les haría perder toda la originalidad que ellas tienen.

(18) Karaquillo, Jean Pierre. *Etudes de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*. Limoges. 1984.

35. Aquéllos que se ubican en una posición internacionalista restringen el alcance de las normas de aplicación inmediata y critican su falta de originalidad. Según ellos no sería posible determinar *a priori* un criterio lo suficientemente preciso para dichas leyes. Sólo el estudio del caso aislado nos podría decir si nos encontramos o no, en presencia de una disposición que excluya la aplicación de una ley extranjera. En consecuencia, dichas leyes no podrían ser ubicadas en el mismo plano en el que están las reglas de conflicto puesto que sería una reglamentación puramente contingente y funcionaría como una excepción al juego normal de la regla de conflicto clásica.

Debería tenerse en cuenta la imperatividad a priori de las leyes del foro

36. Pero para Karaquillo no sería suficiente que una disposición interna tenga vocación en razón de su contenido para ser extendida a las relaciones internacionales, la aplicación inmediata debe ser *realmente* ordenada por el contenido de la ley del foro. Cuando el particularismo de esta última es sólo una apariencia, debe desecharse la idea de ver ahí a una norma de aplicación inmediata. Si la razón del mecanismo de estas leyes radica en el contenido particular de algunas disposiciones del foro, no es posible la asimilación con las reglas de conflicto bilaterales. Parecería que la imperatividad de ciertas disposiciones de derecho interno necesitan de una aplicación transnacional. Pero, ¿porqué de tal imperatividad?. Las razones puede ser muy variadas. Puede ser por el carácter particularmente perfeccionado de esta ley o explicarse por la conservación de estrictos intereses estatales. Aquéllos que consideran que se trata de reglas bilaterales en potencia pierden de vista uno de los aspectos esenciales de estas reglas que es el de que ellas se aplican en base al carácter imperativo de derecho del foro. Se trata de casos en los cuales el derecho sólo puede ser aplicado imperativamente, en donde no es concebible ninguna elección. Imponiendo su aplicación exclusiva no se plantea ningún problema de elección. Más aún, la falta de comunidad jurídica resulta indiferente, puesto que la ley de aplicación inmediata intervendrá aún si la legislación extranjera resultara perfectamente compatible con las concepciones de nuestro derecho.

37. El objetivo es pues distinto, en las reglas de conflicto clásicas se atiende a los dictados de una civilización común, en las reglas de aplicación inmediata a la coherencia del orden jurídico interno. Sin embargo, hay que reconocer que la aplicación necesaria se encuentra estrictamente limitada puesto que la intervención de la *lex fori* debe encontrarse circunscrita a la disposición indispensable para la coherencia de nuestro derecho. Plenitud de aplicación sí, pero plenitud de aplicación de aquéllas disposiciones específicas, precisas. Las leyes de aplicación inmediata deben intervenir puntualmente. Parecería entonces, que la *lex fori* sustituye a la ley normalmente competente con la misma medida que cuando

utilizamos la excepción de orden público internacional. Por lo tanto, la palabra ley debe ser entendida de diferente manera cuando se trata de una ley de aplicación inmediata que cuando se hace referencia a un conflicto de leyes. En las primeras es sinónimo de texto, es la ley en un sentido formal. En el conflicto de leyes debe ser comprendida en un sentido material.

38. ¿Porqué aplicar la ley del foro prescindiendo de consultar a la ley extranjera normalmente competente?. Los motivos son diversos, parecería que existiera un deseo de obtener la cohesión de una cierta política estatal. A partir de un análisis minucioso de la ley del foro, el juez descubrirá una ley de aplicación inmediata tomando como base algún elemento de referencia que tenga cierta pertinencia. A Karaquillo no le parece aceptable ni la creencia de que se está frente a una ley más perfecta, ni la persecución de un fin general. El índice esencial radicaría en el carácter indispensable de la regla para la salvaguarda de la coherencia social o económica de un orden jurídico interno. La regla no podría ser susceptible de derogación debido a que resulta indispensable para el éxito de una política social o económica. Se trata de una disposición que traduce en el orden interno los imperativos que la hacen aplicable a *todos*.

Si sólo se buscara de favorecer un objetivo social o económico podría ser posible aplicar una ley extranjera que conociera una reglamentación análoga a la del foro. Pero el objetivo es otro: es el de asegurar a la vez un mínimo y un máximo necesario para la protección de nuestra organización económica o social. Lo necesario no puede ser descubierto en otro lado que en la legislación del foro, única apta para determinar el punto de equilibrio querido. Por ese motivo son a la vez, reglas imperativas y necesarias. El profesor de Uruguay, Quintín Alfonsín, sostuvo que se utilizaba allí un orden público *a priori* y como veremos más adelante, descalificó tal forma de proceder.

39. Según Karaquillo estas normas requieren de un punto de contacto más que de un punto de conexión. La conexión en la regla de conflicto clásica aparece como algo previo, indispensable para la búsqueda de la ley competente. En las normas de aplicación inmediata es diferente, lo que se busca es el interés que lleva al Estado a exigir la aplicación de la ley del foro. El punto de contacto sería un elemento desencadenante que autoriza el funcionamiento de una legislación definida imperativamente. Ciertamente la aplicación de una ley implica siempre una vinculación con el foro, pero en los dos casos no tienen la misma misión puesto que en las normas de aplicación inmediata el punto de contacto hace necesaria la aplicación de una legislación que persiga un objetivo determinado. Además, es necesario que el punto de contacto específico condicione estrechamente el éxito del objetivo perseguido por la norma considerada. La salvaguarda de la coherencia interna pasa obligatoriamente por una aplicación necesaria de la legislación interna. El razonamiento conflictualista convence a aquéllos para quienes la regla de conflicto es siempre el método mejor adaptado frente a los problemas de derecho

internacional privado. Pero los criterios de intervención de las leyes de aplicación inmediata no son neutros sino que por el contrario, se encuentran estrechamente vinculados a los imperativos de la disposición en cuestión.

40. ¿Deberíamos conformarnos simplemente con aceptar la bilateralización de las leyes de aplicación inmediata?. El autor concluye que la orientación actual de los Estados no va en el sentido de armonizar sus legislaciones a fin de fundirlas en una verdadera comunidad jurídica. Se vuelve poco realista pensar en la aplicación por los tribunales de las leyes de aplicación inmediata de los terceros Estados. Si la dificultad de discernir a una ley de policía del foro y definir su campo de aplicación hace necesaria una actitud muy activa por parte del juez, igual sucederá cuando se deba aplicar una ley de policía extranjera. Semejante tarea no es conciliable con los poderes de investigación de que dispone el juez respecto de la ley extranjera. Por otra parte, si se admitiera la bilateralización de las leyes de aplicación inmediata, la ley extranjera de este tipo estaría estrechamente dependiente de los conceptos jurídicos del foro. Por ejemplo, en materia de reglamentación de cambio, debería aplicarse una legislación extranjera que persiga un fin análogo y en las mismas condiciones que la disposición de cambios del foro. Es fácil de ver que podrá haber una correspondencia de campos entre las leyes de aplicación inmediata del foro y las similares extranjeras, pero los imperativos pueden variar sensiblemente según los sistemas jurídicos internos. Las corrientes conflictualistas desdeñan la influencia del orden interno sobre el internacional. Además, la regla de aplicación inmediata extranjera no entra jamás en competencia con la ley de aplicación inmediata del foro puesto que la primera sólo podrá jugar para el caso de que una ley del foro no haya reclamado su aplicación.

Criterios para identificar a las normas de aplicación inmediata

41. El mejor medio para identificar a las normas de aplicación inmediata ocurre cuando el propio legislador declara expresamente dicha calidad. Pero eso sucede muy raramente y muchas veces trata de evitarlo con la finalidad de no tener complicaciones en el campo internacional. En definitiva la doctrina ha descartado toda sistematización basada en criterios que permitan un descubrimiento *a priori* de esas leyes. Dicha identificación se presenta delicada puesto que no hay una diferencia de naturaleza entre las leyes de policía y las otras leyes del foro. Lo que en realidad existe es una cuestión de grado, una cuestión de medida. La calificación de leyes de policía debe ser abandonada al juez el que se entregará a una búsqueda casuística. Esto le ocasiona inseguridad al justiciable y el amplio poder de apreciación del juez comporta el riesgo de arbitrariedad debido a la propensión que éste manifiesta de privilegiar a la *lex fori*. Como veremos seguidamente, cualquier otro medio de individualización *a priori* ha fallado.

a) *Criterio funcional*. Para algunos, la regla de policía debería definirse por su función, sería aquella regla cuya observancia resulta necesaria para la salvaguarda de la organización política, social o económica del país, sin distinguir entre reglas de derecho público y de derecho privado. Este criterio no es considerado pertinente puesto que el objetivo de todas las reglas jurídicas es el de organizar de cierto modo a la sociedad nacional. De aceptarse por tanto el mismo, toda regla jurídica sería una ley de policía.

b) *Criterio racional*. Para otros, la ley de policía no sería aquella que organiza a la sociedad sino la que es necesaria a esta organización, cuando la eficacia del orden legal está condicionado por el campo de aplicación en el espacio. Tampoco parece justificado. Un legislador nacional nunca dicta reglas jurídicas destinadas a organizar un cierto orden social que no sean necesarias para esta organización. Ello llevaría a concluir que toda regla imperativa de derecho interno constituye una ley de policía de derecho privado.

c) *Criterio formal*. Sólo queda la posibilidad de atenerse a las indicaciones del legislador. Serían aquéllas que fijan su propio ámbito de competencia, el legislador les atribuye un campo más extenso que el que resultaría de una regla de conflicto. Si es así, serían rarísimas las reglas de este tipo.

Las normas de aplicación inmediata y el orden público internacional

42. Aquéllos que admiten las normas de aplicación inmediata perciben que dicho conjunto normativo se encuentra en muy estrecha vecindad con las normas y principios de orden público internacional, por lo que les ha parecido atinado proceder a un intento de separación de ambos campos. Francescakis sugirió que en el orden público internacional se incluyen los principios fundamentales tales como la defensa de la monogamia, de la igualdad de los sexos, del derecho de propiedad individual, de la laicidad, de la libertad de conciencia, etc., en cambio a las leyes de policía cubren las disposiciones particulares a la política legislativa. Por otro lado, el mecanismo de intervención de cada una de ellas impide toda concurrencia entre sí. El orden público como elemento del método conflictual sólo interviene a falta de una ley de policía aplicable al caso. Las dos nociones están llamadas a jugar sucesivamente por lo que no se acumulan aunque puede llegar a coincidir por su contenido. El orden público supone el juego normal de la regla de conflicto y constituye una excepción a la aplicación de una ley extranjera normalmente competente pero cuyo tenor es intolerable. En este caso, la legislación extranjera no es desconocida sino que es descartada. En la regla de aplicación inmediata el interés se centra exclusivamente sobre el derecho del foro. Por lo tanto, si se aplica este derecho de una manera independiente de toda confrontación con el derecho extranjero, la regla de conflicto no ha jugado y por tanto la *lex fori* será aplicada en tanto que ley de policía.

43. Sin embargo, para los que participan de la corriente conflictualista, la categoría de leyes de policía no existe y por lo tanto no constituye de ningún modo la ilustración de un método autónomo de derecho internacional privado en el marco conflictualista. Sólo se limita a traducir el juego de la excepción clásica del orden público internacional. Su especificidad sería sólo aparente y el resultado de una simple comodidad práctica en el funcionamiento del mecanismo clásico. Para Heuzé por ejemplo, no hay porqué realizar la menor especulación intelectual al respecto puesto que arriesgaría fundar sobre algo artificial el cuestionamiento de los principios adquiridos por nuestra disciplina. La excepción de orden público internacional constituye un reparo suficiente para asegurar la protección de las orientaciones legislativas del foro sin que resulte justificado preconizar la aplicación sistemática de sus reglas sustanciales.

II. Posición de la doctrina en los países del *common law*

44. Autores como Feny⁽¹⁹⁾ consideran que teniendo en cuenta la evolución del derecho internacional privado, la *summa divisio* planteada por Savigny debe ser revisada tomando por un lado en consideración a los métodos que conciben al conflicto de leyes como un conflicto entre órdenes jurídicos y aquéllos otros que se sitúan a nivel de las reglas de derecho material. De este modo distingue al funcionalismo por un lado y al método de conflicto, a la estatutaria y al unilateralismo por el otro⁽²⁰⁾. El funcionalismo pone el acento sobre el interés que posee cada Estado en reivindicar la aplicación de sus leyes e implica la concesión de una mayor libertad al juez en la medida en que es el sujeto encargado de

(19) Ferry, Claude. *Validité des contrats en droit international privé (France/U.S.A.)* 1989.

(20) Para el autor no existe ninguna relación entre las teorías estatutarias y los unilateralistas. Si bien los estatutarios son universalistas, el unilateralismo es particularista, las reglas de conflicto son bilaterales en tanto que la unilateralidad caracterizaría a este otro método. Los unilateralistas se ubican en la corriente estatutaria bajo pretexto de que al respetar las reglas de conflicto de los Estados extranjeros en contacto con la relación jurídica se jactan de que no prescriben a ninguna ley un campo de aplicación que no le fuere atribuido por su autor. Pero cuando un Estado dicta una regla de conflicto puede haber querido privilegiar una solución material particular: la de dar satisfacción a la intención de las partes o de los terceros en detrimento del interés estatal o responder a las necesidades del comercio internacional. Parecería pues, que la unilateralización sistemática de las reglas de conflicto de tipo savigniano no las transforma en reglas deseosas de satisfacer exclusivamente los intereses del Estado que las dictó en desprecio de los intereses de la comunidad internacional. Tampoco es partidario de aproximar el funcionalismo con el unilateralismo. El primero parte de las disposiciones de derecho material con el fin de determinar su voluntad de aplicación y le confiere al juez un amplio poder de apreciación a ese efecto. En segundo concibe al conflicto de leyes no como un conflicto de normas de derecho material sino entre órdenes jurídicos. Entonces, las relaciones jurídicas son repartidas en categorías y cada una de ellas se ve afectada por un criterio de conexión que designa de una forma general y abstracta al sistema jurídico del estado que ha dictado la regla de conflicto unilateral. La disposición de derecho material que rige a la relación humana será buscada en ese orden jurídico y aplicada mecánicamente sin que el juez pueda interrogarse acerca de su voluntad de aplicación.

determinar el campo de aplicación espacial de cada regla de derecho material teniendo en cuenta el fin social que ella persigue. Es por ese motivo que para Ferry, el funcionalismo congenia con las técnicas del *common law* en tanto que las reglas de conflicto que designan órdenes jurídicos se inscribe en la lógica civilista. No obstante lo dicho, afirma que un funcionalismo parcial es el que se encuentra tanto en Europa como en los EE.UU. de Norteamérica el cual conduce a otorgar a los jueces un amplio poder para mostrarse más o menos tolerantes según las necesidades políticas, sociales o económicas del momento. Tiene la impresión de que el derecho internacional privado moderno se caracteriza por el ecleticismo - aún en los EE.UU.- puesto que en dicho país el hábito de localizar a la relación privada extranacional en un ordenamiento jurídico para deducir de allí la ley aplicable, está lejos de haberse perdido.

45. Existen varias influencias que condicionan el perfil distinto del derecho civil y del derecho común. Por ejemplo, las circunstancias históricas, en las que aparece la mayor o menor influencia del derecho romano en cada uno de ellos. Las diferencias son también metodológicas, puesto que los expertos del derecho civil trabajan en base a conceptos, principios y teorías, en cambio los jueces angloamericanos se enfrentan con los casos específicos razonando por analogía y examinando tendencias más que enfoques. Igualmente gubernamentales, por el mayor énfasis que se pone en uno y otro sistema en el principio de la separación de poderes. En el continental existe una prevalencia legislativa en cambio en el angloamericano se le da más poder a los jueces. El sistema dual: derecho público-derecho privado, es desconocido por los angloamericanos. La separación también es ideológica, por la diferente fuente de protección legal de los derechos individuales: en el continente el derecho privado codificado es el que garantiza los derechos individuales contra la intrusión del Estado, en materia de propiedad y de contratos por ejemplo. En EE.UU. al contrario, los derechos fundamentales son garantizados por el derecho público bajo la forma de Constituciones federales y estatales escritas. Esta diferencia ideológica soporta puntos de vista divergentes respecto del rol del Estado. En el continente el papel tradicional del Estado se halla limitado al reconocimiento y a la ejecución de los derechos privados.

La concepción funcionalista de Brainerd Currie

46. El más conspicuo exponente de esta orientación ha sido el Profesor norteamericano Brainerd Currie. Su doctrina constituye hoy la base del derecho internacional privado moderno americano enriquecida luego por la doctrina y la jurisprudencia posteriores, quien examina el problema de los conflictos de leyes no como una elección a efectuar entre varios ordenamientos jurídicos sino entre las reglas de derecho material susceptibles de estar involucradas en el litigio y de entrar

en conflicto. Por lo tanto, él propone un método nuevo que denomina *análisis de los intereses gubernamentales*. Al solucionar los litigios de derecho internacional privado en función de los intereses estatales implicados en la situación, da como resultado el total abandono de las reglas de conflicto.

Se trata sólo de un problema de interpretación de las políticas y de los intereses gubernamentales

47. Según él, el campo de aplicación de cada disposición se determina por un procedimiento de interpretación marcando de esta manera, el pasaje de un derecho territorialista a un derecho funcionalista. Presupone que cada vez que un Estado dicta una regla de derecho material es porque persigue una cierta política o *policy* por lo cual, una ley estará obligada a querer aplicarse si ve que su intervención contribuirá al éxito de la política jurídica que la subyace. Cada política tiene un campo de aplicación bien definido, su actuación no se justifica sino en ciertas circunstancias específicas. El juez deberá buscar a propósito de cada objetivo, en qué condiciones se impone su aplicación por lo que debe realizar fundamentalmente una tarea de interpretación⁽²¹⁾.

48. Una vez que se ha descubierto la política subyacente, se deberá buscar a continuación en qué circunstancias resulta razonable aplicarla, ya sea porque existe un vínculo importante entre las partes, la operación jurídica o el litigio con el Estado en cuestión, que permita movilizar el interés de querer ver aplicada su ley. Ese interés debe ser serio. En Currie la noción del interés gubernamental se vuelve la esencia del derecho internacional privado y el conflicto de leyes se

⁽²¹⁾ Currie analiza el caso *Milliken vs. Pratt* ocurrido en 1870. En su momento la Sra. Pratt había firmado en su domicilio de Massachusetts un documento por el que se comprometía ante una sociedad establecida en el Estado de Maine a garantizar la deuda de su marido. Sobre la base de dicha promesa, la sociedad había entregado al Sr. Pratt diversas mercaderías que él había ordenado pero en definitiva, no pagó. La sociedad acciona contra la Sra. Pratt iniciando un juicio en Massachusetts de acuerdo a la ley de Maine- vigente desde 1866- toda mujer casada tenía la capacidad requerida para contratar como si fuera soltera. En cambio, al momento de celebrarse la operación, la ley de Massachusetts tenía una disposición contraria. La Corte Suprema de este Estado reinvierte la decisión del tribunal inferior favorable a la demandada invocando que la validez del contrato se rige por la *lex loci contractus*. La Corte trató a la promesa de la Sra. Pratt como una oferta aceptada por la actora y transformada en un contrato desde el momento en que ésta entregó las mercaderías que se le habían solicitado -o sea, en Maine- en base a lo cual llegó a la conclusión de que la ley de este Estado es la que rige el contrato y en consecuencia lo declaró válido. Currie se interroga sobre cuál es la política de cada uno de los estados involucrados. A Massachusetts le interesa obtener la seguridad en las operaciones comerciales sin embargo y a diferencia de Maine, estimaba que la mujer casada merecía una protección particular y subordinó en el campo de los contratos su política de seguridad a las convenciones a la de la protección de la mujer casada. Parecería que el Estado de Massachusetts estuvo deseoso de promover al máximo los objetivos definidos por su legislador deseando extender la aplicación de su ley a cada situación en donde hubiere la menor posibilidad de hacerlo. Para Currie no obstante, no siempre es recomendable hacer prevalecer sus intereses. Al contrario, debió haberse tenido en cuenta los intereses opuestos de los otros Estados por lo que resulta indispensable definirlos nuevamente con reserva y moderación y aceptar la aplicación de la ley del Estado de Maine.

transforma en un conflicto de intereses en donde el problema consiste en determinar en cada caso, qué regla cuenta con mayores títulos para ser aplicada. Esta particular concepción se debe a que considera al derecho como un instrumento de control social. Describió al proceso legislativo como un campo de competencia entre grupos de presión opuestos que intentaban persuadir a la legislatura, cada uno por su lado, su versión acerca de cómo la ley debe representar el interés público. Al estudiar el caso *Milliken vs. Prat* constató que en el mismo se oponían los intereses comerciales con el apoyo de los grupos femeninos y liberales que abogaban por la emancipación de la mujer casada por un lado, en tanto que se oponían a ello los intereses tradicionalistas y conservadores. Toda legislatura debe estar comprometida en el proceso político de pesar y realizar un balance de los intereses en conflicto. Las nociones de política gubernamental y de intereses gubernamentales no son intercambiables. Cuando él habla de política social, económica o administrativa expresada en una regla jurídica, piensa en un contexto interno. Dichas reglas son el producto de un balance alcanzado entre los intereses en conflicto y los grupos e intereses privados debido a la presión que se ejerce sobre el cuerpo legislativo o a los argumentos que se han presentado ante los tribunales. Si las legislaturas establecieran en forma explícita sus políticas ello sería simple. Pero Currie no pretendió que la tarea judicial de determinar la política gubernamental expresada en una ley interna fuera fácil. Deberá analizarse caso por caso, con gran cuidado, discriminación y moderación, lo que le permitirá superar aquellos elementos que puedan obscurecer la inteligibilidad de esa política por su antigüedad, por su obsolescencia o por su inconsecuencia.

Primera etapa: el foro es el derecho normalmente aplicable

49. El pensamiento de Currie puede ser dividido en dos etapas. En la primera, sostuvo que el foro era el derecho normalmente aplicable. En la historia del derecho angloamericano los casos internos han sido lo normal y los conflictos de leyes se presentaron como marginales, por ese motivo la simple presencia de factores extranjeros no era suficiente para desplazar al derecho del foro como fuente de decisión. La expectativa normal conduce a pensar que el derecho interno del foro suministrará la solución. Por lo tanto, el juez debe partir de esta expectativa y sólo acudirá al derecho extranjero cuando una de las partes desee obtener una ventaja del mismo y cumpla con la carga de hacer conocer ese derecho al tribunal.

Naturaleza y función del Estado

50. Para Currie el derecho tiene una naturaleza instrumental pues vio al Estado como una unidad gubernamental encargada de la responsabilidad de

disponer del bienestar de sus habitantes. El Estado está legítimamente interesado en el bienestar de su pueblo. El pueblo debe ser el punto focal de la política gubernamental. Cada Estado tiene la responsabilidad gubernamental de implementar la política expresada en sus leyes, pero en el sistema de la libre empresa, la parte que desee beneficiarse de un derecho o de una política debe invocarla y hacerlo de tal manera que su oponente tenga completa oportunidad de rebatirlo. Sin el sistema competitivo de la libre empresa mediante el cual se efectúa la política gubernamental, todo se quebraría. El modelo gubernamental de Currie entonces, era aquél en el que el Estado promulga leyes de derecho privado que encarna su política gubernamental y en el contexto del litigio deja la implementación de esas políticas en las manos de los actores privados. Los jueces -a los que se les solicita determinar el interés gubernamental del Estado- serán ayudados por aquel litigante que ha invocado la política gubernamental y que ha reclamado que el interés gubernamental se realice aplicándolo en el caso.

51. Si encuentra que el foro no está interesado en la aplicación de su política pero constata que sí lo está el Estado extranjero, aplicará el derecho extranjero. El derecho extranjero por tanto, sólo desplazará al del foro en el caso de que éste último estuviera desinteresado. Pensó en la posibilidad de resolver los verdaderos conflictos por medio de acuerdos negociados entre los Estados americanos o por Tratados internacionales entre las naciones o mediante la aprobación de leyes uniformes, pero no fue optimista, porque las consideraciones que involucran verdaderos intereses en conflicto no son meramente económicas o sociológicas sino políticas. Donde algunos Estados tengan políticas diferentes y también intereses legítimos en la aplicación de sus políticas, los tribunales no se hallan en una posición de pesar los intereses que compiten, de evaluar sus méritos y elegir entre ellos. Examinar los intereses de los Estados soberanos para determinar cuál debe prevalecer es una función política de la mayor relevancia. Es una función que no debería ser cometida a los tribunales en una democracia sino que es tarea de un comité legislativo que determine las políticas a ser formuladas. Currie prefirió una solución política a lo que él vio como un problema político de resolver entre intereses estatales en conflicto. En esta primera etapa entonces, consideró que cuando existe un falso conflicto el Estado aplicará solamente el derecho del Estado interesado y cuando existe un conflicto verdadero cada Estado deberá aplicar su propio derecho. No actuando de este modo promovería los intereses de un Estado a expensas de los intereses del foro y ello no era para él una buena razón.

Segunda etapa: renuncia a una concepción provinciana de la política e intereses gubernamentales

52. Su posición de que en caso de un verdadero conflicto debía dársele primacía a la ley del foro fue muy criticada. Para Currie la solución se imponía

porque como ya lo hemos manifestado, los jueces no disponen de los medios necesarios como para proceder a la evaluación de los intereses gubernamentales comprometidos, y además porque esta función era esencialmente política y por lo tanto una tarea que no debería provenir del poder judicial. Su discípula Herma Hill Key⁽²²⁾ disgustada por la virulencia de las objeciones desatadas, dedicó su curso impartido en La Haya a aclarar el pensamiento de su maestro y a desvirtuar algunas de dichas críticas. Esta profesora manifestó que luego de formulada las premisas anteriores, Currie abandonó la tesis de la primacía de la ley del foro en el caso de verdadero conflicto.

De esta manera, se adhirió a la mayoría de los autores modernos que estimaban que en el caso de un verdadero conflicto debería ser aplicada la ley del Estado más interesado en el problema concreto. Esta posición fue recogida por la Sección 6 del Segundo *Restatement* al colocar en un mismo pie de igualdad al interés del foro y el de los Estados extranjeros. La ley aplicable en consecuencia, será la del Estado más interesado en razón de la importancia de la política jurídica subyacente en su ley y de los contactos que tenga con la relación jurídica. El juez resolverá soberanamente qué objetivo es el más legítimo y cuál es el más indispensable designar teniendo en cuenta su fin social y las circunstancias del caso⁽²³⁾.

53. Inicialmente pues, Currie creyó que era innecesario para el foro una vez que se hubiera identificado la política interna gubernamental de su Estado y se hubiera determinado que éste tenía un interés gubernamental legítimo en aplicar dicha política al caso, ir a una investigación de si existían o no políticas similares o un interés de un Estado extranjero cuyo derecho hubiere sido invocado. Pero luego pensó que una determinación inmoderada y provinciana podría provocar serios conflictos con las políticas y los intereses de los terceros Estados y modificó su método haciendo que el foro tuviere en cuenta las políticas e intereses en conflicto de los otros Estados lo que le permitió reducir significativamente el provincialismo con el que se había cargado su enfoque.

Igualmente modifica su terminología. Ningún principio indica que un Estado explore todo posible conflicto o ejerza ilimitadamente su poder constitucional. Un conflicto entre los intereses del foro y los de un Estado extranjero es un asunto serio, la aplicación exorbitante del interés local crearía conflictos con el de los Estados extranjeros por lo que habría que reexaminar la concepción desde un punto de vista más moderado y de una interpretación más restringida tanto de la política como de las circunstancias en las que debe ser aplicada para realizar los legítimos propósitos del foro.

(22) Hill Key Herma. *A defense of Currie's governmental interest analysis*. Recueil de Cours.

(23) Hanotiau Bernard, *Le droit international privé américain. Du premier au second Restatement of the law conflicts of laws*. Bélgica. 1979.

54. Su metodología final fue planteada en 1964.

1º. Cuando un tribunal es llamado a aplicar el derecho de un Estado extranjero diferente del derecho del foro, deberá investigar las políticas expresadas en las leyes respectivas y las circunstancias que pueden razonablemente conducir a los Estados a afirmar que tienen un interés en la aplicación de su política. Para hacerlo, el tribunal deberá emplear el proceso ordinario de interpretación.

2º. Si el tribunal halla que uno de los Estados tiene un interés en la aplicación de su política al caso y el otro no, aplicará el derecho del único Estado interesado.

3º. Si el tribunal encuentra un conflicto aparente entre los intereses de los dos Estados, él los volverá a reconsiderar mediante una interpretación más moderada y restringida de las políticas e intereses de cada uno, lo que podría eventualmente evitar el conflicto.

4º. Si luego de esta reconsideración el tribunal ha llegado a la conclusión de que es inevitable el conflicto entre los legítimos intereses a cada uno de dichos Estados, aplicará el derecho del foro si éste está interesado.

5º. Si el foro se halla desinteresado pero existe un conflicto que considera inevitable entre los intereses de otros Estados y el tribunal no puede adjudicarle el caso en estricta justicia a uno de ellos, aplicará el derecho del foro si ese derecho se corresponde con el de uno de estos Estados. El tribunal deberá decidir el caso mediante un ejercicio de discreción legislativa y tendrá que resolver el conflicto como si creyera que debe ser solucionado por un órgano legislativo supremo dotado del poder de determinar qué intereses deben ser desestimados.

6º. El tribunal no debe improvisar una solución que sacrifique los legítimos intereses de su propio Estado pero dejará al Congreso Federal que ejerza sus poderes para determinar qué intereses deben desestimarse sobretodo bajo la cláusula de la confianza y plena fe.

55. Según Herma Hill Key el método funcional de Currie no tiene el alcance tan amplio que se le ha pretendido adjudicar. Para él, el tribunal del foro toma en cuenta sólo aquellos derechos extranjeros cuya atención ha sido invocada por la parte que desea aprovecharse de sus términos. El nunca pensó que el tribunal debería identificar a todas las jurisdicciones potencialmente interesadas. Sin embargo, la principal dificultad de su doctrina consiste en la necesidad de verificar los propósitos, la política y los intereses ocultos o subyacentes en una regla jurídica. Currie no estuvo interesado en un reclamo territorial sino sólo en establecer la

forma en que una regla jurídica debería ser aplicada para cumplir con su política interna subyacente. Rechazó expresamente una investigación territorial. La preferencia inicial por el derecho del foro fue lamentable, para su discípula, porque le faltó hacer un esfuerzo mayor para producir una armonía de decisiones como en el enfoque multilateral de Savigny. Pero al final de su vida, Currie no dio más prioridad al derecho del foro una vez que el derecho extranjero ha sido invocado por la parte. El juez tiene que examinar el contenido de ambos derechos y en los dos se hace necesario el mismo análisis.

56. Además atendió al contenido de los derechos competentes porque creyó que el análisis de los derechos involucrados debería revelar las políticas sociales, económicas o administrativas contenidas en cada uno. Los derechos involucrados son examinados en sus objetivos y el escrutinio judicial deberá revelar por sí mismo los objetivos subyacentes. Si existe un verdadero e inevitable conflicto, cada Estado debería aplicar su propio derecho en el foro. En ese caso rechazó la idea de que el tribunal deberá sacrificar los intereses internos a los de los otros Estados. Rechazó tanto la jerarquización de las políticas como el peso de los intereses. Si las políticas en conflicto han sido definidas con moderación y los intereses han sido definidos con restricción, no debe haber una base mayor de compromiso. En tal caso, el verdadero e inevitable conflicto requerirá que la política y los intereses de un Estado deba derrotar al otro. No obstante, deseó que la acción del Congreso restaurase la armonía entre los Estados debido a un principio de tolerancia hacia las diferencias, vigente en el derecho americano.

57. Sólo realizaremos algunas reservas generales respecto de la doctrina de este profesor norteamericano a fin de no excedernos en el espacio. En cuanto a las políticas estatales podemos afirmar que muchas de ellas no surgen especialmente de la ley particularmente sino del sistema en general, lo que la vuelve de muy difícil identificación para un juez extranjero. Este se verá enfrascado en una tarea sumamente delicada porque su capacidad puede impedirle descubrir la política estatal subyacente o presumir algo sin fundamento alguno. Puede suceder igualmente, que las leyes persigan varios objetivos simultáneos -la instauración de un requisito de forma se puede haber estatuido para la seguridad en la conservación de la prueba, para la protección de la parte débil o como medida de publicidad- y entonces se agrega otro inconveniente: la de decidir a cuál de todos ellos se le debe dar la preferencia. Hay un argumento muy importante sostenido por los civilistas: el pensamiento de Currie -como el de la mayoría de los autores angloamericanos- vuelve imposible la aplicación del derecho desde una perspectiva no litigiosa. Esta doctrina no tuvo en cuenta que además de las políticas gubernamentales pueden existir políticas multistatales también dignas de análisis y observancia. El interés de las partes en el caso concreto tampoco es contemplado satisfactoriamente. Por

último, el *forum shopping* se vuelve una amenaza instaurada por la propia teoría puesto que si el juez es el que decide sobre qué derecho a aplicar, entonces las partes intentarán acceder a aquél que atienda su reclamo. Al parecer, el derecho necesita no sólo de directivas o de enfoques sino también de normas que otorguen previsibilidad y protejan contra la arbitrariedad.

58. Los intereses estatales atendibles se presentan también, de muy difícil individualización. Al respecto, Mayer considera que los mismos pueden ser agrupados en cuatro tipos:

1. En ciertos casos el interés es el del Estado soberano, como actor en las relaciones internacionales. Es el caso del boicot y el del embargo.
2. En otras oportunidades, dichos intereses concurren a la organización política, social o económica del país mediante leyes que protejan de la competencia o relativas a instituciones representativas del personal, etc.
3. Otros intereses se limitan a perseguir un objetivo de interés general pero en los cuales el Estado no manifiesta un interés directo. Ej.: medidas para la protección del medio ambiente. En estos casos, el interés del Estado existe pero es muy vago.
4. Por último, las reglas pueden apuntar a proteger a ciertos intereses particulares, como los de los consumidores o los intereses de los arrendatarios de inmuebles para casa-habitación, etc. En estos casos, el juez debe distinguir entre buenas y malas leyes de policía. Si es una verdadera ley política -como el boicot, el embargo, el bloqueo de capitales- en realidad constituye un arma de lucha de un Estado contra otro. Los terceros Estados deberán resolver en base a la consideración de las políticas extranjeras y con ello arriesgar comprometer a su país en un conflicto internacional respecto del cual el gobierno en principio, desea permanecer ajeno. Por ese motivo, Mayer concluye que únicamente a través de un rechazo *a priori* de las leyes de ese tipo permite permanecer neutro.

59. Recientemente se ha insistido en el carácter expansionista de la legislación material y procesal norteamericana. Es así que se han suscitado vivas reacciones contra las leyes americanas de la competencia y del *pre trial discovery* y esas reacciones han tomado la forma de leyes de "bloqueo". La extensión por los Estados de su orden normativo aparece como una traba al comercio internacional, teniendo en cuenta la sumisión de las firmas multinacionales a los objetivos de la política económica nacional. Ha sucedido que algunos Estados han tomado apoyo sobre la economía internacional para extender su orden jurídico con fines políticos, como es el caso del gobierno del Presidente Carter cuando el 14 de noviembre de

1979 congeló los capitales iraníes en los bancos americanos y sus sucursales en el extranjero. Según Chenoux, la mayoría de los Estados europeos dieron efecto a dicho decreto y en algunos casos, con reticencias. Pero Suiza no aceptó dicha medida expresando el 10 de diciembre del mismo año por medio de su Consejo Federal que la neutralidad comercial de Suiza le impide atacar la estabilidad del sistema monetario internacional mediante una medida de bloqueo. Se ha citado como caso semejante, las medidas tomadas por el gobierno del Presidente Ronald Reagan en el curso del año 1982 contra la ex URSS y los países europeos participantes en la construcción del gasoducto eurosiberiano.

SECCION SEGUNDA

EL DERECHO POSITIVO

I. Situación en el ámbito extracontinental

60. Las normas de aplicación inmediata han tenido acogida en el derecho positivo convencional -la Conferencia de la Haya, del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del 19 de junio de 1980 y en alguna legislación nacional como la ley federal suiza sobre derecho internacional privado de 1982. También han sido recogidas en la Sección 6 del Segundo *Restatement*.

1. El derecho nacional europeo

La ley suiza de derecho internacional privado

61. La ley suiza de derecho internacional privado es pionera en este campo. El artículo 18 -receptor de las normas imperativas- pretende tener un campo de aplicación extensible a todos los ámbitos del derecho. Por este motivo figura en la Parte General y no en el campo consagrado a los contratos. El juez podrá hacer uso, entonces, de esta disposición, en concurso con las normas referentes a las obligaciones contractuales, a las extra-contractuales y a las delictuales. Las otras ramas parecen menos involucradas en la cuestión. La terminología utilizada para definir a las leyes de policía es un tanto elusiva pues se ha asumido la dificultad existente en adjudicarles un vocablo preciso y universalmente compartido. Tampoco se realiza una enumeración de estas normas debido a que fue juzgada una operación inútil. El artículo citado se expresa en los siguientes términos.

1. Cuando lo exijan los legítimos y manifiestamente preponderantes intereses, se podrá dar efecto a una disposición de un derecho distinto de aquél designado por la presente ley que entienda ser aplicado imperativamente, si dicha situación presenta un lazo suficientemente estrecho con ese derecho.

2. Para decidir si se deberá dar efecto a una disposición tal, se tendrá en cuenta las consecuencias que derivarán de ello y de su fin.

La ley suiza contiene además, en el artículo 16, la reserva de orden público en el sentido clásico y aún cuando fue discutido en la etapa preliminar la posibilidad de tener en cuenta al orden público internacional extranjero, ello fue posteriormente dejado de lado.

Serán excluidas las disposiciones del derecho extranjero si ello conduce a un resultado manifiestamente incompatible con el orden público suizo.

Análisis del artículo 18

62. De la lectura del artículo 18 surge la obligación de respetar determinadas exigencias:

1°. *Debe justificarse la imperatividad en el caso concreto.* Según Chenoux el mecanismo instaurado proscribía proceder a una simple bilateralización de los criterios de las leyes de policía del foro, por lo que la vocación extraterritorial de la ley de policía extranjera debe ser buscada en los fines políticos que ella misma persiga.

2°. *Debe existir un vínculo estrecho de la situación con la ley designada.* La diversidad de este tipo de leyes hace delicada precisar la naturaleza y la intensidad de dicho vínculo. Por lo tanto deberá apreciarse, caso por caso, la exigencia de un lazo significativo cuya intensidad diferirá según los intereses perseguidos por la norma extranjera. Para el mismo autor, el juez se mostrará menos severo cuando la ley extranjera persiga fines legítimos. Esta actitud mantendrá al juez en guardia contra ciertas leyes "egoístas". Este no deberá tener en cuenta a una ley que quiera aplicarse pero cuya aplicación no es esencial para la política que ella persigue o que tuviere intereses que no se consideran legítimos sin ser contrarios al orden público internacional del foro, lo que permite eludir a las leyes de policía de un Estado expansionista cuyo campo de aplicación internacional resulta más amplio que su función social. El campo dejado a la arbitrariedad es amplio porque serán frecuentes los casos en que un objetivo no es condenable en sí mismo pero se estimará legítimo o ilegítimo según el Estado que lo persiga o las personas señaladas por la ley. Se aduce que la sensibilidad del juez jugará un papel preponderante en la solución del caso.

3°. *Peso de los intereses.* El juez tiene un amplio poder de apreciación en la valoración de los intereses presentes. Deberá proceder a un balance entre los objetivos perseguidos por la disposición extranjera y los intereses privados los que pueden verse perjudicados si el lugar en donde se va a tramitar el *exequatur* es aquél

donde rige la disposición imperativa extranjera. Si ésta no es la que exige su aplicación, se considera por la doctrina suiza que el juez debe basarse sobre los principios comunes a los Estados y especialmente sobre el orden público europeo buscando la armonía de soluciones a nivel internacional.

4°. *Estudio de las repercusiones concretas sobre el caso.* El balance de los intereses no podrá realizarse *in abstracto*. El juez del foro deberá medir en el caso concreto las consecuencias de la aplicación o de la no aplicación de la disposición imperativa extranjera. En conclusión, la ley suiza intenta remplazar el criterio objetivo de localización por un lazo racional de conexión. El poder judicial de apreciación se impone por la naturaleza y la heterogeneidad de las disposiciones imperativas extranjeras que impide su recepción automática en el Estado del foro. La ley suiza, para Chenoux, no implica una dimisión frente a una ley extranjera "imperialista" porque para impedirlo existe un orden jurídico que confía más que en las normas, en el Poder Judicial.

2. El derecho convencional europeo

Las Convenciones de La Haya

63. La primera de las Convenciones que hace referencia a este tipo de normas es la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y de representación suscrita el 14 de marzo de 1978 en su artículo 16 que establece que,

Al momento de aplicarse la presente Convención, se podrá dar efecto a las disposiciones imperativas de todo Estado con el cual la situación presente un vínculo estrecho, en la medida en que, según el derecho de este Estado, dichas disposiciones sean aplicables cualquiera que sea la ley designada por sus reglas de conflicto.

64. Le ha seguido la Convención de La Haya relativa a la ley aplicable al trust y a su reconocimiento suscrita el 1º de julio de 1985. Su artículo 16 hace específica referencia por vez primera tanto a las normas de aplicación inmediata del foro como a la de los terceros Estados aunque sujeta esta última posibilidad a que el Estado Parte no hubiere efectuado una reserva al respecto.

La Convención no atenta contra las disposiciones de la ley del foro cuya aplicación se imponga incluso en situaciones internacionales, cualquiera que sea la ley designada por las reglas de conflicto de leyes.

A título excepcional, se podrá dar efecto igualmente, a las reglas de la misma naturaleza de otro Estado que presente un vínculo suficientemente estrecho con el

objeto del litigio. Todo Estado contratante podrá declarar, por una reserva, que no aplicará la disposición del párrafo segundo del presente artículo.

65. Tenemos también a la *Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías* suscrita el 22 de diciembre de 1986. En su artículo 17 se consigna que

La Convención no se opone a las disposiciones de la ley del foro que se impongan, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

En las tres Convenciones mencionadas se incluyó además la clásica cláusula sobre el orden público, redactada como sigue:

La aplicación de una de las leyes designadas por la presente Convención sólo puede ser rechazada si ella es manifestamente incompatible con el orden público.

La Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

66. El Convenio suscrito en Roma el 19 de junio de 1980 ha sido una de las tantas consecuencias de la conformación de la Comunidad Económica Europea⁽²⁴⁾. Con el objetivo de proseguir -esta vez en el ámbito del derecho internacional privado- la obra de unificación jurídica emprendida en la Comunidad en lo referente a las normas sobre competencia judicial y ejecución de las resoluciones judiciales, los Estados integrantes del Tratado constitutivo de la Comunidad se abocaron a redactar normas uniformes relativas a la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Este extenso Convenio compuesto de 33 artículos, inicialmente fue proyectado para abarcar en su seno también a la ley aplicable a las obligaciones

(24) La bibliografía sobre el Convenio es vastísima, puede verse: Lagarde, Paul. *Examen de L'Avant-Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*. Travaux. 1972. p. 147. *Progetto preliminare di Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali tra gli Stati membri della Comunità Economica Europea. Rapporti* de Mario Giuliano. RDIPP: 1973. p. 189. Vander Elst Raymond. *L'unification des règles de conflits de lois dans la C.E.E.* Il Foro Italiano. 1973. 2. p. 249. Cavers, David. *The Common Market's Draft Conflicts Convention on Obligations: some preventive law aspects*. 48. Southern California Law Review. 1975. p. 603. Batiffol, Henri. *Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. 1975. p. 181. Vander Elst, Raymond. *Projet de Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*. Journal de Droit International. 1976. p.555. Nadelmann, Kurt. *Impressionism and unification of law: the EEC Draft Convention on the law applicable to contractual and non-contractual obligations*. 24. AJCL. 1976. p.1. D'Oliveira, Hans Ulrich Jessurun. "Characteristic obligation" *int the Draft EEC Obligation Convention*. AJCL. 1977. p.303. Vitta, Edoardo. *La Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano*. RDIPP. 1981, P. 837. Gaudemet-Tallon, Hélène. *Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention C.E.E. No. 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)* RDTE. 1981. p. 215. Giardina, Andrea. *La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e ildiritto internazionale privato italiano*. RDI. 1981. p. 794. Berlingieri, Francesco. *La legge regolatrice dei contratti di noleggio di trasporto marittimo nella Convenzione del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. RDIPP. 1982. p. 60. Carbone, Sergio M. Il "contratto senza legge" e la Convenzione di Roma del 1980 RDIPP. 1983. P. 275. Vitta, Edoardo. *Influenze americane nella Convenzione C.E.E. sulle obbligazioni contrattuali*. RDIPP. 1983. p.261. Existen igualmente comentarios del citado Convenio dentro de obras más generales.

extracontractuales pero debido al muy diferente campo de esta última y a la enorme variedad de situaciones se resolvió circunscribir los esfuerzos a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones provenientes de los contratos. Su impronta comunitaria se percibe claramente en dos Declaraciones Comunes firmadas por los países integrantes en donde se trazan las líneas fundamentales respecto de los siguientes temas:

1º. Se busca propiciar que las instituciones de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias sobre la base de los Tratados constitutivos, adopten normas conflictuales que estén en armonía con las del Convenio con el fin de evitar en la medida de lo posible, la dispersión de las normas de conflicto de leyes en una multiplicidad de instrumentos y las divergencias entre tales reglas.

2º. Se considera como una contribución a la vigencia del Convenio imponer que todo nuevo Estado que pase a integrar la Comunidad, debe adherirse al mismo.

3º. Por último, -y a fin de evitar que las divergencias en la interpretación del Convenio perjudiquen su carácter unitario, y deseando asegurar la aplicación más eficaz posible de sus disposiciones- se alienta el examen de la posibilidad de atribuir alguna competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y negociar un acuerdo con este fin. Todo sin perjuicio de establecer contactos periódicos entre sus representantes.

Las leyes imperativas en la Convención de Roma: vía libre al unilateralismo estatal orientado internacionalmente⁽²⁵⁾.

67. Este Convenio ha sido el punto obligado de referencia cuando se quiere abordar el estudio de los intereses implicados en la contratación internacional. Por un lado, el artículo 3 reconoce una libertad irrestricta de los particulares en la elección de la ley sin necesidad de demostrar vínculo alguno con el litigio. Dice así:

1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

Sin perjuicio de ello, el numeral 3 del artículo 3 alude a las normas imperativas simples teniendo un alcance general. Esta disposición es aplicable cualquiera fuere la ley reguladora del contrato.

⁽²⁵⁾ Para Mengozzi el enfoque que se expondrá " permitirá trascender a cada parroquialismo y favorecer así un apropiado y verdadero "punto de vista internacional", una elaboración de *standards* objetivos altamente capaz de incidir sobre cada jurisprudencia nacional y sobretodo de inspirarse en la síntesis de solidaridad y libertad a que aspira todo sistema comunitario".

2. Cuando todos los elementos estén localizados en el momento de la elección en un solo país, la elección de una ley extranjera por las partes, acompañada no de la de un tribunal extranjero, cuando todos los elementos estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, no podrá afectar a las disposiciones que la ley de ese país no permite derogar por contrato, las que se denominarán en lo sucesivo "disposiciones imperativas".

68. Las leyes de policía, tanto nacionales como extranjeras, aparecen aludidas en una forma específica en el artículo 7.

1. Al aplicarse la ley de un determinado país en virtud del presente Convenio, se podrá dar efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación tenga un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, fueren aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarán de su aplicación o de su no aplicación.

2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato.

69. El artículo 7 no especifica qué clase de conexión que debe existir entre el contrato y el país cuya ley imperativa es tenida en cuenta. Lo esencial es que exista alguna conexión y en tal caso el juez es llevado a investigar las leyes de qué país son exclusivamente aplicables. Deberá ser un orden jurídico con vínculos estrechos con la relación contractual y además, tratarse de un orden jurídico distinto del que regula al contrato. Según Ferry, el juez al aplicar la ley de policía extranjera *proprio vigore* lo hará observando los lazos de amistad que unen a su país con el que dictó la ley o basado en la circunstancia de que ambas persigan el mismo objetivo. Al rechazarlo lo hará cuando ataque los intereses de sus compatriotas o provengan de países con los cuales no se deba cooperar o cuando no satisface el fin social buscado. El juez deberá corregir aquello que tengan de excesivo las reivindicaciones extranjeras. Habrá oposición a la aplicación de la ley de policía extranjera los intereses expresados por dicha ley atacan al foro o teniendo en cuenta los intereses expresados por ésta última o basado en ciertas preocupaciones generales de todos los países⁽²⁶⁾.

⁽²⁶⁾ Cavers aduce "que esta disposición del artículo 7 es verdaderamente extraordinaria en la amplia discreción que confiere a los tribunales. No obstante, yo simpatizo con esos objetivos, ésta se asemeja a aquellos incorporados por los principios de 'preferencia' que he adelantado hace ya algunos años". op. cit.

70. La Convención de Roma da primacía a la ley de policía del foro. Si ella entiende que debe ser aplicada al caso, ninguna ley extranjera podrá reivindicar su aplicación. Si hay un choque entre dos normas de aplicación inmediata extranjeras -por ejemplo, cuando una anula el contrato y la otra lo valida- el juez del foro valorará el interés que entiende que hay que preservar. Esto le lleva a distinguir entre falsos y verdaderos conflictos, puesto que entre dos leyes extranjeras de esta clase no necesariamente tiene que haber un verdadero conflicto, pueden existir posiciones conciliables. Igual sucede con la ley del foro y las extranjeras. Según Van der Elst no se trata de una conexión del contrato en su conjunto. Este permanecerá sometido a su propia ley y en la estricta medida en que su naturaleza u objeto particulares lo justifiquen podrán las leyes de policía extranjeras ser tomadas en cuenta por el juez cuando exista un vínculo que una el contrato al país en cuya legislación existan tales disposiciones.

71. Respecto del resultado querido por la norma imperativa extranjera puede hacerse de varias maneras y no necesariamente mediante la aplicación directa de la norma tal carácter. En primer lugar, como principio de orden público. En este caso, sólo podrán ser tenidas en consideración las normas del foro para excluir a las extranjeras. En segundo lugar, pueden ser utilizadas como un criterio de interpretación de la *lex contractus*. Y en tercer lugar, puede haber una aplicación stricto sensu. De este modo se le deja al juez una cierta libertad de apreciación sobre cómo obtener el resultado querido por la Convención. La ley alemana de 1976 en su párrafo 2 también "las toma en consideración" en las condiciones generales del contrato. Por lo tanto, el juez nunca aplicará a las disposiciones de policía extranjeras de una manera automática. Existen razones para ello⁽²⁷⁾, como el hecho de que puede ser peligroso abandonar el contrato a las leyes de policía de todos los Estados con los cuales estuviere en contacto, pues esas leyes pueden ser contradictorias, muy numerosas o conducir a difíciles investigaciones. Además el juez no está obligado a respetar el orden jurídico ni a conformarse con la política de un Estado extranjero, si lo hace será por *comitas gentium* -para Foyer- y para que las partes no tengan sorpresas desagradables en el exterior.

72. El artículo 9, referente a la forma, dispone en el numeral 5 que

6. No obstante lo dispuesto en los cuatro primeros apartados del presente artículo, cualquier contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre formas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté situado, siempre que según esta ley, sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo.

⁽²⁷⁾ Mengozzi también analiza la no automaticidad del sistema. El margen de apreciación dejado al juez hace que la relevancia atribuida a las normas imperativas de los Estados distintos del de la *lex causae* además de provocar una gran inseguridad, corre el riesgo de resultar inmorales y delinear un dirigismo intolerable capaz de conducir a las mayores ambiciones políticas de los Estados.

El artículo 16 hace alusión a la excepción de orden público al disponer que *No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro.*

II. Situación en el área interamericana

73. La regulación de las normas de aplicación pasó desapercibida en la región hasta hace muy poco tiempo. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 se inspiraban en la concepción de un derecho internacional privado preceptivo de índole supranacional que permitía la formulación de reglas universales, claras, precisas y eternas. Se vincula con el desconocimiento de un derecho excluyente del juego de los conflictos de leyes. La idea de que la relación jurídica debía localizarse en el entorno socio-económico más afectado por su decurso hacía hasta cierto punto superflua la creación de normas de aplicación inmediata, puesto que en los casos más rebeldes a un tratamiento unitario, como era el caso de las sucesiones tanto de bienes muebles, o inmuebles, o en el de las quiebras, o en el de capacidad para testar, el problema fue zanjado fraccionando la relación jurídica adjudicándosele a cada Estado la posibilidad de regular una parte de la misma. El Código Bustamante, por su parte, con su influencia ítalo-francesa tampoco permitió introducir la cuestión, ya que éste como los Tratados anteriores pretendían tener una validez universal y hasta cierto punto rígida.

C.I.D.I.P.I.: Primera oportunidad de plantearse el tema, en la Convención Interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero

74. Una de las razones para la confección de esta Convención ha sido -en palabras del delegado de Uruguay González Lapeyre⁽²⁸⁾- la de resolver la situación en que se ven enfrentados miles de latinoamericanos que en los EE.UU. de Norteamérica no pueden otorgar poderes para transferir inmuebles en sus países de origen por cuanto estas legislaciones exigen la solemnidad de la escritura pública y en tanto que en los EE.UU. dicha formalidad resulta desconocida. La forma de los poderes determinó, en gran parte, su creación. La Convención Interamericana regula la categoría mediante normas indirectas y recoge una solución autónoma para el caso de que las dadas por las reglas de conflicto no puedan funcionar.

(28) OEA/Ser. K/XXI. 1 CIDIP/42 corr. 1 27 enero 1975. Acta resumida de la 6ª sesión de la Comisión II. 23 enero de 1975. p. 430 y ss. y OEA/Ser. K/XXI. 1 CIDIP/44 corr. 1. 28 enero 1975. Acta resumida de la 7ª sesión de la Comisión II. 24 enero de 1975 p. 451 y ss.

75. La citada normativa recoge como primer principio directriz la regla *locos regit actum*. Se consagra de este modo, uno de los principios más antiguos en el derecho internacional privado, el de la competencia de la ley del lugar de celebración para regular lo referente a la forma del poder. De la lectura del artículo 2 surge que

Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen...

Se hace necesario pues, respetar el derecho del lugar del otorgamiento o de la celebración, fundamentalmente por dos razones: la primera, porque las partes tienen allí un conocimiento más inmediato de las formas a utilizar para los negocios, y en segundo lugar, porque cuanto se trata de un instrumento público, el funcionario autorizante debe atenerse a lo prescrito por su propio derecho.

Sin embargo, y a pesar de la generalidad del principio, el artículo 2º se completa de un modo que permite la primacía de otro criterio: el de la *lex loci solutionis* o sea el derecho del país donde el acto va a producir sus efectos. La consagración de esta norma aparece en este tema como algo ineludible. En nuestro derecho por ejemplo, el artículo 2056 del Código Civil exige poder expreso (especial) para transigir, enajenar, hipotecar o hacer cualquier acto de riguroso dominio. Dentro del derecho de familia, el poder para contraer matrimonio requiere que se especifique el nombre de la persona con la cual se va a celebrar el matrimonio, o para divorciarse o para adoptar o reconocer a un hijo natural. En la transacción el poder especial deberá mencionar en forma expresa los derechos y bienes sobre los que ha de recaer la transacción. Y yendo al problema de las formas, el requisito de la formalidad de la escritura pública para la enajenación o gravámen de los bienes inmuebles aparece como una regla general. ¿Cómo es posible que estas exigencias -a veces de contenido o de sustancia y a veces de forma- puedan ser satisfechas con la aplicación lisa y llana de la ley del lugar de celebración?. La experiencia ha demostrado que el problema está justamente ahí, o sea, que en muchas oportunidades cumplir con las exigencias de la ley del lugar de celebración no basta, o no es suficiente, o no es acertada porque no van a ser aceptadas en el país donde ese poder va a ser ejercido. Por esta razón el artículo 2º rinde acatamiento a las reglas rigurosamente imperativas del lugar de ejecución. La oración se completa del siguiente modo:

...a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley.

A pesar de lo dicho, podemos afirmar que la verdadera utilidad de la Convención Interamericana aparece cuando la forma requerida por la ley del lugar del ejercicio del poder no pueda ser cumplida en el Estado donde éste se otorga porque allí se la considera como una institución desconocida. Tal es el caso de la escritura pública, que en numerosos países no se conoce. ¿En este caso, qué se puede hacer? Ninguna solución que lleve a la aplicación exclusiva de alguna de las dos leyes precitadas es buena. Dada esta circunstancia, la Convención Interamericana sobre poderes, deja de lado la consideración de cualquier norma imperativa y la sustituye realizando *ella misma*, una regulación directa acerca de la manera en que debe ser extendido ese poder.

Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la presente Convención.

De este modo, se corta el nudo insoluble haciendo prevalecer las normas supranacionales sobre las reglas de aplicación inmediata del Estado donde el poder deba cumplirse.

C.I.D.I.P. II. Propuesta de Parra Aranguren

76. Recién en el momento en que comienzan a soplar los vientos de renovación de la codificación existente es cuando en forma esporádica se producen los primeros escarceos doctrinarios entre los Congresales asistentes a las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado. El tema no podía estar ausente en la C.I.D.I.P. II reunida en Montevideo en 1979, instancia en la que se discutió la elaboración de una Convención sobre las normas generales de derecho internacional privado. En dicho momento el delegado de Venezuela Gonzalo Parra Aranguren propuso la inclusión de la siguiente disposición: "las normas que expresan principios fundamentales de la legislación de cada Estado Parte se aplicarán con preferencia a las reglas sobre elección de la ley aplicable⁽²⁹⁾. Dicha fórmula obedecía al reconocimiento de que existen determinados principios que regulan materias que no admiten la posibilidad de aplicación en el extranjero porque representan aspectos que son esenciales para un Estado desde su propio punto de vista.

77. El delegado de Uruguay Didier Operti Badán intentando situar la cuestión, lo hizo desde el punto de vista tradicional de la doctrina uruguaya. Para dicho delegado "la proposición venezolana procura situar a nivel internacional la

⁽²⁹⁾ OEA/Ser. K/XXI. 2 CIDIP II/62 corr. 4 de mayo de 1979. p. 243.

idea de que cada Estado puede conferir a algunas de sus normas el carácter de obligatoria, necesaria o perentoria, con preferencia a las reglas sobre elección de la ley aplicable, es decir, sin pasar por el sistema de conflicto. Esto, según su entender, implica la consagración en el texto de las normas generales, de la llamada concepción de orden público apriorista, es decir, se trata de normas o disposiciones de cada Estado que éste no está dispuesto a dejar que pasen por el sistema de conflicto, ya sea interno como internacional. Considera que el orden público se nutre de dos grandes afluentes. Uno de ellos es precisamente la formulación de normas de aplicación inmediata o necesaria, *pero también, en la medida en que recibe de este afluente un caudal cada día mayor, puede hacer entrar en crisis a buena parte del sistema binacional o internacional de derecho internacional privado porque toda vez que una Convención internacional refuerce el criterio de su legislación con preferencia de las reglas sobre la elección de la ley aplicable, se originará una disminución del campo de aplicación de las normas internacionales*⁽³⁰⁾. Y finaliza realizando la siguiente precisión: “no está en duda que cada Estado puede en el ejercicio de su soberanía e independencia, señalar qué normas son de aplicación perentoria o necesaria sin que esté en juego el sistema de conflicto, pero no es lo mismo reconocer a cada Estado esa facultad derivada del concepto de soberanía e independencia, que reconocerla a través de un proyecto de normas de carácter general que quieren servir de sistema vertebral para todo el conjunto de los Tratados que a nivel del sistema interamericano, se vayan aprobando.

78. El delegado de EE.UU. Arthur von Mehren consideró que la proposición revelaba una concepción *lege forista*. Y el delegado de Argentina Werner Goldschmidt Lange sostuvo que “si la norma propuesta quiere decir que cada país en su legislación interna puede crear disposiciones que se caractericen como de orden público internacional, no cabe duda alguna que ello es así, pero para eso no necesita una disposición porque sería vicioso tenerla en un Convenio internacional. Sicológicamente tiene otro alcance, pues da otra vez pretexto a los jueces para declarar de orden público internacional cualquier norma nacional para no tener que aplicar las normas internacionales”. En vista de los comentarios efectuados, la delegación de Venezuela retiró la propuesta mencionada.

79. Parra Aranguren “consideró indiscutible la validez de su afirmación desde la perspectiva de un sistema jurídico nacional por cuanto corresponde a cada Estado - en ejercicio de su soberanía legislativa- determinar el ámbito de vigencia de sus propias normas jurídicas inclusive de sus reglas de conflicto; pero resulta muy dudosa la existencia de semejante facultad frente a las normas establecidas convencionalmente para seleccionar la ley aplicable, por contradecir el orden de

(30) Enfasis agregado por nosotros.

prelación de las fuentes del derecho. En efecto, los preceptos de un Tratado son de rango superior a las normas internas, su derogación sólo cabe por las vías previstas por el derecho internacional público y no es admisible que puedan descartarse *ad libitum* por cada Estado Parte mediante la posterior promulgación de reglas de orden público internacional, a menos de encontrarse facultado por la propia Convención. Por tanto, se necesita de una autorización expresa y la propuesta venezolana pretendía satisfacer tan ineludible requerimiento... la propuesta venezolana pretendía una finalidad bien distinta, a saber, el reconocimiento de la existencia de ciertas áreas jurídicas donde no pueden intervenir las reglas de conflicto y en las cuales no es concebible aplicar una ley extranjera porque han sido reguladas directamente a través de normas que expresan principios fundamentales de la legislación de cada Estado: en este caso el orden público funciona a priori y *no a posteriori* "Según el mencionado delegado, "el desconcertante naufragio de la anterior iniciativa fue sólo formal: los intervinientes en el debate manifestaron su conformidad con la idea subyacente en la propuesta y únicamente razones intrínsecas condujeron a excluirla de la Convención"⁽³¹⁾.

C.I.D.I.P. V: Referencia directa a las normas imperativas en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales

80. La Convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada en México, el 18 de marzo de 1994, formula profundas innovaciones no sólo al régimen de los contratos internacionales sino también, al derecho internacional privado de la región⁽³²⁾. Esta Convención se encuentra estrechamente modelada bajo el influjo de la Convención de Roma de 1980, muchas de sus disposiciones son iguales. No obstante, existen algunos puntos importantes de diferencia entre una y otra.

1º. La Convención de Roma hace referencia a la *ley* aplicable a las obligaciones contractuales, en cambio la de México alude al *derecho*

⁽³¹⁾ Parra Aranguren, Gonzalo. *La Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979)*. Anuario Jurídico Interamericano. Sría OEA. Wash. DC. 1980. p.184 y 185.

⁽³²⁾ Sobre esta Convención puede verse: Herbert, Ronald. *La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*. Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado. 1994. p. 45 y ss. Juenger, Friedrich K. *The Interamerican Convention on the Law Applicable to International Contracts: some highlights and comparisons*. The American Journal of Comparative Law. XLII 1994. p. 381. Operti Badán, Didier. *La CIDIP V: una visión en perspectiva*. RUDIP. 1994 p. 13 y ss. Parra Aranguren, Gonzalo. La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V, México, 1994) Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, N°11 Caracas 1994. p. 179 y ss. Szeinblum, Martha. *Informe sobre la Convención Interamericana Sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. 1994. p. 49 y ss.

aplicable a los contratos internacionales queriendo comprender en su seno con este termino más amplio, a otras manifestaciones de regulación jurídica distintas de las estatales.

2°. Además, ésta última define expresamente qué se entiende por contrato internacional, cosa que no hace la Convención de la C.E.E.

3°. En la Convención de México se hace referencia a la *lex mercatoria*, conjunto normativo de indiscutible predominio en la regulación de la contratación internacional.

4°. La Convención de Roma se basa en el criterio de la prestación característica, ideado por el profesor suizo Adolf Schnitzer en tanto que la de México, deja totalmente de lado este criterio.

5°. La Convención de Roma pretende funcionar preferentemente dentro de un mercado de integración económica, en cambio la Convención Interamericana de México no se ciñe a este parámetro aún cuando el artículo 20 establece que *esta Convención no afectará la aplicación de otros Convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser Parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.*

81. No obstante lo dicho, la estructura general es la misma. Por un lado, se reconoce a la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales sin exigencias mayores. Se establece un procedimiento supletorio para hacer funcionar cuando las partes no han realizado esta elección. Y se reconoce a las normas imperativas y a la excepción de orden público. Y en el punto específico, la Convención de México en estudio, determina en su artículo 11 que:

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 aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos

Se elude toda referencia a las normas imperativas en cuanto a la forma, estableciéndose en el artículo 13, en su lugar, mediante dos reglas de conflicto con puntos de conexión alternativos que confluyen en una solución *favor negotii*. En el artículo 18 se reconoce la excepción de orden público:

El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

82. De acuerdo a lo analizado, la Convención de México ha hecho un abandono ostensible de la regla de conflicto para la regulación de las relaciones privadas internacionales sin que necesariamente esta reglamentación haya sido entregada a un derecho uniforme. Podemos afirmar más bien, que el ataque ha sido realizado desde varios frentes, cada uno de los cuales se ha apropiado de parte del terreno que antiguamente le pertenecía sin mayores discusiones. Por un lado, la autonomía de la voluntad amplísima tal como es reconocida en el artículo 7 sin que sea necesario la acreditación de vínculos, estrechos o no, entre el derecho elegido y la relación propiamente dicha. Por otro lado, el régimen supletorio instaurado, al que tampoco podemos considerar como conflictual. Entra más bien dentro del realismo jurídico norteamericano puesto que el artículo 9 establece que:

Si las partes no hubiesen elegido el derecho aplicable, o si su elección resultare ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.

Acto seguido, dicho artículo deja a la apreciación del juez la tarea de investigar en el caso concreto cuáles elementos objetivos y subjetivos deben ser tenidos en cuenta para evaluar dichos vínculos, sin mayores precisiones. Y por último, el reconocimiento de las normas imperativas internas del Estado del foro y de cualquier otro que a juicio del tribunal tenga algún vínculo con el caso, sin precisar los criterios técnicos a seguir cuando se produzca esta situación. Dos reglas de conflicto aparecen en el artículo 13 -respecto de la forma- pero tampoco en su versión clásica sino por medio de una mutación operada por ésta última, las denominadas reglas de conflicto materialmente orientadas.

La dilución de la regla de conflicto

83. ¿Habrán muerto el sistema que postulaba como un bien común de las relaciones internacionales un reparto objetivo de competencias mediante el cual cada ley debe regir a las relaciones que caigan naturalmente bajo su imperio según su localización determinado por la existencia de los lazos más fuertes y no necesariamente los más numerosos? ¿A qué se debe esta falta de protagonismo de una regla que durante tanto tiempo se consideró que era el objeto mismo de nuestra disciplina? Ancel⁽³³⁾ ha señalado que cuando la regla de conflicto distribuye las relaciones privadas entre los diversos órdenes jurídicos con los cuales está en contacto, no se encuentra especialmente atenta a los grados de imperatividad de las leyes internas del Estado en que ella rige. La regla de conflicto aparece entonces como una ley indiferente a esas preocupaciones o aún simplemente no susceptible

⁽³³⁾ Ancel, Bertrand. *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*. Paris. 1977.

de estar relacionada en su aplicación con los objetivos que el Estado persigue. Existe, por lo tanto, una falta de "activismo" de la regla de conflicto la que se encuentra encerrada en un tarea que le impide jugarse por el éxito de los proyectos sociales o económicos de los Estados. Esta despreocupación respecto de la intención política, le provoca molestias al Estado cuando quiere concretar sus opciones de sociedad debido a que no puede acomodarse a un sistema insensible a sus políticas el que podría llegar a romper la homogeneidad de sus emprendimientos. Por lo tanto, el derecho internacional privado tendría que tener dos procedimientos de regulación de las relaciones internacionales: uno que implique la idea de la comunidad de derecho y el otro, aplicable cuando esta comunidad no exista *a priori* lo que excluirá toda posibilidad de elección de manera tal que la aplicación o la no aplicación de la ley del foro será deducida inmediatamente en función únicamente de su voluntad.

84. Para los partidarios del método resolutorio de los conflictos de leyes aun hoy debemos continuar aceptando a dicho método porque hay necesidad de defender la libertad del comercio internacional evitando el surgimiento de complicaciones diplomáticas. Hay dos buenas razones para no enterrar a la regla de conflicto: primero, por la experiencia plurisecular que ha atestiguado su legitimidad y segundo, por su generalidad, su abstracción, su conceptualismo, por todo lo que le es reprochado. Es falso por otra parte sostener que la regla de conflicto no atiende a las políticas legislativas, la protección de las políticas estatales es uno de los intereses a proteger pero no es ni puede ser el único o el prevalente en todas las circunstancias. No hay ejemplo mejor para citar en este caso que la aceptación por parte de los países de inmigración de la regla que establecía el sometimiento de gran parte del estatuto personal a la ley del domicilio de la persona y no a la de su nacionalidad. Mediante esta solución conflictual se ha permitido la integración efectiva de una inmensa masa de extranjeros en los países de la cuenca del Río de la Plata.

Reconocimiento de la posibilidad de aplicación tanto de las disposiciones imperativas del foro como de las extranjeras

85. Sólo una vez la Convención de Roma menciona a las leyes de policía y es en el título correspondiente al artículo 7, en el resto sólo se hace referencia a las disposiciones imperativas de la ley. Uno de los informantes del proyecto, el profesor Lagarde, sostuvo que había equivalencia entre las nociones de normas imperativas y leyes de policía puesto que era imposible buscar un criterio de distinción entre ambas. No obstante, nos parece que el título permite presumir a

qué tipos de normas quiere hacerse referencia. La Convención de México no se adhiere al criterio de titular cada artículo y sólo lleva a cabo dicha práctica respecto de cada Capítulo. De este modo, el Capítulo Segundo se denomina *Determinación del derecho aplicable*. Cuando se lee el artículo 11 no existe referencia alguna respecto de las leyes de policía mencionándose únicamente a las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo y a las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado lo que abre la puerta a cualquier clase de normas de ese tenor sin ningún tipo de tamiz técnico.

86. La situación se agrava si accedemos al análisis del artículo 14 referente al *Ambito del derecho aplicable* por cuanto establece que:

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

a) *su interpretación;*

b) *los derechos y obligaciones de las partes;*

c) *la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria,*

d) *los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;*

e) *las consecuencias de la nulidad e invalidez del contrato.*

Todas estas cuestiones, de suma importancia y de gran amplitud, tendrían que haber sido adjudicadas en una forma amplia, a la ley seleccionada mediante la *electio iuris* reconocida en el artículo 7 y para el caso de ausencia de esta última, a la ley determinada mediante la solución subsidiaria del artículo 9. Y tendría que haberse introducido la competencia de las disposiciones imperativas pero limitando su aplicación a ciertos aspectos puntuales. La redacción realizada en el artículo 14 *al derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo* permite meter en la misma bolsa, sin ninguna tarea de jerarquización y limitación de los ámbitos de competencia de cada una de ellas, a la ley del contrato y a las reglas imperativas del foro y a las normas imperativas de los terceros Estados con vínculos estrechos con el contrato. Las complicaciones que se producirán serán innumerables, sólo superables mediante el *dictum* del juez.

87. *Las disposiciones imperativas del foro.* De acuerdo al primer inciso del artículo 11 la supremacía de las disposiciones imperativas del foro aparecen con

toda nitidez. Estas normas serán respetadas sin más, desplazando a la ley del contrato. Como se ha mencionado, no se ha exigido su aplicación restringida exclusivamente al aspecto contractual que cae bajo su regulación como aconseja la doctrina sino que la referencia es genérica y aparentemente tendría todas las facultades contenidas en el Capítulo Cuarto relativo al *Ambito del derecho aplicable*.

88. *Las disposiciones imperativas de los terceros Estados*. También serán tomadas en consideración pero sólo en aquéllos aspectos no invadidos por la ley imperativa del foro. Obvio es decir, que desplazan en lo regulado por ellas, a la ley determinada mediante la *electio iuris*. También este inciso segundo es distinto en su redacción al artículo 7.2 de la Convención de Roma. Esta última delega en la prudencia del juez la recepción de estas normas -ya que establece que *podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país*- la tarea de admitir o no a las leyes de policía de los terceros Estados. Como ya lo hemos mencionado, se hace necesario por un lado, que ley de un tercer Estado deba tener una conexión con la situación, además se debe consultar a dicha ley extranjera acerca de su voluntad de aplicación al contrato y por último se deberá examinar la naturaleza y el objeto así como las consecuencias que se derivarán de su aplicación o de su no aplicación. Todas estas previsiones normativas permiten sugerir -en una forma indirecta, es cierto- que la aplicación de las mismas deberán fundamentarse en la sentencia.

El artículo 11 de la Convención Interamericana soluciona el problema de una forma demasiado escueta: *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 redacción tan magra, excluye por tanto, el suministro de la precisión necesaria acerca de cómo calificar a las disposiciones imperativas de los terceros Estados vinculados estrechamente con el contrato -si ello se producirá mediante, una bilateralización de las normas imperativas del foro o recurriendo a la voluntad de imposición del derecho extranjero vinculado- suprime asimismo la mención de algún criterio al cual pueda acceder el tribunal para tomar su decisión. El comienzo de la frase: *será discreción del foro...* no ejerce la presión suficiente sobre el tribunal con la finalidad de que éste último justifique la manera en que soluciona el litigio contractual. Es de lamentar que el tiempo transcurrido desde la elaboración de la Convención de la C.E.E. los legisladores convencionales no sólo no hayan encontrado nuevos elementos restrictivos al surgimiento de las posibles arbitrariedades que puedan cometer los jueces en el punto sino que además renuncien a proporcionarles cualquier tipo de auxilio en la tarea de identificación y manejo de dichas normas.

SECCION TERCERA

LA DOCTRINA URUGUAYA

I. **Primera escuela: Gonzalo Ramírez y la fundación de un sistema de derecho internacional privado**

La idea de soberanía y su aplicación en nuestra disciplina

89. Uruguay -como el resto de los países de América- se encontró abocado en la tarea de la afirmación de su propia personalidad jurídica mediante el establecimiento de relaciones seguras en todos los campos posibles con los demás Estados y en el imperio de su orden jurídico en lo interior. Se debe a la pluma y al pensamiento de Gonzalo Ramírez la fundación de un sistema de derecho internacional privado ampliamente estructurado y cuya adecuación a nuestra realidad permitió holgadamente ser aceptado por más 100 años. Para elaborar su sistema, Ramírez se vale de la utilización de un atributo del Estado: el de su soberanía. Nuestra disciplina debe ser una ciencia que tenga por cometido específico resolver un conflicto de soberanías. Es conveniente reflexionar porqué el elemento de la soberanía se convirtió en algo indispensable para el Estado uruguayo tanto en lo externo como en lo interno.

1. *El concepto para lo exterior.* Según los historiadores de la época nuestro país vivía en la zozobra debido a los reclamos de nuestros grandes vecinos que permitió en pocos años la presentación de decenas de reclamaciones diplomáticas efectuadas por éstos últimos respecto de asuntos que en su gran mayoría eran de puro derecho privado. La afirmación de este concepto en lo exterior fue importante porque habilitó a considerar que todos los Estados tenían el mismo grado de soberanía y por lo tanto todos eran iguales en la medida de su personalidad, lo que permitió a nuestro pequeño y débil país acceder a un trato de igual a igual con el resto de los integrantes de la comunidad internacional. Uruguay usó hasta el límite de lo posible esta característica propiciando negociaciones con los demás países del continente con el objeto de redactar normas comunes de derecho internacional privado y su protagonismo permaneció por mucho tiempo.

2. *El concepto para lo interior.* Y asimismo era importante en lo interior ya que habilitó a cada Estado a tener el monopolio de la custodia del interés general sobre su territorio, capaz él solo de definirlo y de uniformar reglas de juego y establecer condiciones para todos los actores bajo su jurisdicción. En nuestro caso, el Estado fue el elemento constituyente de lo social. Fue el agente de la organización

de la nación, de la puesta en forma de la sociedad, el proveedor de la identidad colectiva. Su papel fue decisivo porque en Uruguay, la formación del Estado precedió ampliamente a la nación, otorgándole una coherencia y una identidad a la sociedad al suministrarle referencias comunes que no existían en su punto de partida. Difícilmente en otro país de América el Estado haya jugado tan fuertemente esta función de constituyente de lo social y en la que la política educativa tuvo un papel decisivo como factor nivelador e integrador. Es por este motivo que la relación de soberanía fue definida de una forma más radical. La idea de un derecho sin Estado era impensable, el espacio nacional debe ser preservado para el derecho propio aún en el caso del surgimiento de relaciones jurídicas privadas extranacionales acerca de las cuales las partes no tenían el derecho de elegir la ley aplicable ni el juez competente. Este papel de predominio del Estado fue tal, que mediatizó en la conciencia ciudadana a la idea de nación. Resulta aun hoy ilustrativo ver en el discurso público, en la inmensa mayoría de los casos, la apelación a la figura del Estado y no a la de la nación como reservorio de los valores comunes. La nación uruguaya casi nunca es mencionada constituyéndose el Estado en el único depositario del interés general.

90. *La palabra de los investigadores de la época.* Según Brignole⁽³⁴⁾ para la escuela uruguaya, el derecho internacional privado es una ciencia exclusivamente práctica que debe tener por objeto “reglamentar la competencia respectiva de las soberanías en materia de derecho civil, comercial y penal”. El concepto moderno de soberanía indica según Aguerrebere⁽³⁵⁾ el derecho de cada Estado a regir directamente por sus leyes a toda propiedad dentro de su territorio, a todas las personas residentes en él -con ligeras excepciones sobre la capacidad y el estado- y a los actos jurídicos que se radican en el mismo. En una primera época el concepto de soberanía asumía un carácter personal pero en la época feudal dicho concepto asume carácter territorial. En los tiempos modernos otro es el concepto de soberanía. Ella no es hoy el derecho del propietario sino que radica en la Nación, se ejercita en nombre del pueblo y es en virtud de un interés público y nacional y no personal o de determinada casta, que rige y gobierna todo lo que existe y se radica -sea persona o cosa- dentro del territorio del Estado. Según este nuevo concepto de soberanía, lo que ante todo interesa averiguar es el lugar en que se localiza el acto jurídico que vincula la persona a otras personas o a las personas con las cosas. El conflicto de soberanías que trata de resolver el derecho internacional privado es puramente territorial, de distribución de competencias. Por eso Ramírez propuso denominar a nuestra disciplina como derecho jurisdiccional internacional”.

⁽³⁴⁾ Brignole, Atilio C. *El derecho internacional privado y sus fundamentos*. Tesis. Montevideo. 1894.

⁽³⁵⁾ Aguerrebere, Salvador. *Derecho Civil Internacional. Sucesiones*. Anales de la Universidad. T. VI. 1894. p. 513.

Aguerreberre concluía que “establecido así, el poder de la soberanía para regir por sus leyes los actos jurídicos, las personas y los bienes radicados dentro de sus límites, los problemas de la colisión de las leyes se simplifican, hasta los más complejos de las sucesiones. Reconociendo en los otros Estados los mismos derechos, la pluralidad de ésta surge naturalmente ... de ahí que haya sido la forma aceptada por el Congreso Jurídico de Montevideo”.

Una consecuencia de la aceptación de la idea de soberanía

91. La utilización del perfil soberano de los Estados modernos produjo necesariamente una serie de consecuencias por vía de deducción lógica. Una de ellas es la de que excluía a los particulares de la tarea de la determinación de la ley aplicable y de la jurisdicción competente para las relaciones jurídicas privadas extranacionales. ¿Si el derecho jurisdiccional internacional intentaba resolver un problema de conflictos de soberanías en nombre de qué justificar la intervención de los sujetos privados en esta empresa? no había ninguna respuesta válida partiendo de la premisa sostenida. Ferrando y Olaondo⁽³⁶⁾ sostuvo al respecto, que “hay que tener en cuenta que sobre la voluntad individual de las partes priman los principios fundamentales que el legislador establece teniendo en vista a las relaciones de interés social y *que implicando la necesidad de un orden o relación permanente en la sociedad*, acarrear nulidad a los actos cometidos con infracción de esas disposiciones. Estos principios fundamentales constituyen las llamadas leyes de orden público”. Esta visión también es compartida por Legal al afirmar que “las leyes se dictan ... en beneficio exclusivo del orden social del país que las sanciona, de lo que se desprende que los derechos de la sociedad están por encima de los derechos privados”⁽³⁷⁾.

Vargas Guillemette⁽³⁸⁾ -epígono de esta escuela- afirmaba: “he pensado siempre que se comete grave error en el orden de la delimitación de competencias internacionales y legislativas o judiciales, atribuir a las personas la facultad de fijarlas ... la competencia soberana de un Estado, en su faz legislativa o judicial, sobre relaciones internacionales que se localizan en su medio social, civil o económico, no puede quedar al arbitrio de la voluntad de las personas que quieran variar la competencia correspondiente indicando otras leyes u otros jueces que los del país de la afectación preponderante o aún exclusiva. La voluntad de las partes

⁽³⁶⁾ Ferrando y Olaondo, José. *Actos Jurídicos. (Derecho Internacional Privado)*. Montevideo. 1896. El énfasis agregado es nuestro.

⁽³⁷⁾ Legal, José Tomás. *Derecho Internacional Privado*. Tesis. Montevideo. 1896.

⁽³⁸⁾ Vargas Guillemette, Alvaro. *Codificación nacional de derecho internacional privado*. Montevideo 1943.

no puede sino moverse dentro del límite de libertad o autonomía que le fija la ley competente, como dentro del derecho interno de un Estado no puede exceder el campo de actividad que aquélla delimita... la noción de la autonomía de la voluntad es absolutamente parasitaria en el desenvolvimiento de nuestra rama de derecho y nada tiene que hacer como principio de solución de los conflictos de leyes que siendo conflictos de soberanías interesadas en el curso de las relaciones jurídicas internacionales están por encima de los propósitos de voluntad de las personas. Por mi parte he sostenido... que el Protocolo Adicional (a los Tratados de Montevideo) debe figurar por su importancia como regla de interpretación de las disposiciones contenidas en los diversos Tratados y que en ningún caso la voluntad de las partes comprometidas en una relación jurídica puede alterar o variar el orden normal de las competencias legislativas o judiciales que en ellas se determinan... en el orden internacional su improcedencia es notoria pues la voluntad de las partes no puede ni debe moverse sino dentro de los límites que le fija la regla de derecho competente en la esfera internacional... querido el acto o realizado el hecho, la fuerza imperativa de la ley se impone con o contra su voluntad. La aplicabilidad de la ley competente es pues, independiente de la voluntad de la persona en el aspecto internacional y se determina en función de la localización de las relaciones jurídicas contemplando el principio de la soberanía más afectada”.

Inutilidad de la invocación del concepto y emergencia del verdadero criterio

92. La invocación del concepto de soberanía de los Estados, sin embargo, no permitió la solución de los problemas propios de nuestra disciplina debido a que en sí mismo, no permitía establecer cuál era el orden jurídico competente para regular a la relación jurídica privada internacional. Al considerarse que todos los Estados son soberanos y que la soberanía no admite grados, no era posible entonces utilizarla como criterio de reparto. No hay Estados más o menos soberanos pero sí pueden existir Estados más o menos afectados por el decurso de la relación privada internacional. Fue necesario pues, recurrir a otro concepto si se quería resolver el problema de los conflictos de leyes. Vargas Guillemette⁽³⁹⁾ formuló muy claramente cuál era el criterio sobre el cual debía basarse el reparto, en una Conferencia pronunciada en el Aula de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de Buenos Aires: “el ejercicio de la cátedra me afirma cada vez más en la convicción de que el criterio de solución para los llamados conflictos de leyes... debe tener su fundamental punto de apoyo en el interés de afectación de

⁽³⁹⁾ Vargas Guillemette, Alvaro. *Criterios de solución de los llamados conflictos de leyes en su relación con los Tratados de Montevideo de 1889*. Montevideo, octubre de 1938.

esos Estados. Las relaciones jurídicas de carácter internacional deben ser controladas por las leyes y los jueces de los países más afectados en el desenvolvimiento de tales relaciones. Estas se localizan de acuerdo con su naturaleza y encuentran su asiento lógico y jurídico en la jurisdicción internacional del país al cual afectan preponderantemente... ese principio... tiene que ser la base fundamental de todo proyecto de codificación internacional. No es el criterio pues, de la personalidad de la ley, ni es tampoco el criterio de solución de un mal entendido territorialismo que regula la competencia legislativa o judicial en función de su territorio. Se trata de localizar las relaciones jurídicas en el país primordialmente comprometido por el curso de las mismas, desde el punto de vista de sus intereses sociales, patrimoniales o aún morales”.

La formulación de un único principio para solucionar todas las cuestiones

93. Brignole señalaba que “Savigny no se atreve abiertamente a la admisión del principio y no lo proclama, limitándose a señalar que la tendencia diaria del derecho actual ha sido establecer una asimilación perfecta entre nacionales y extranjeros en cuanto al goce de los derechos civiles... esta referencia de Savigny sólo constituye una parte de la cuestión... Savigny no ha despreciado el elemento territorial antes bien, le ha concedido relativa importancia... se infiere que el gran jurisconsulto alemán no se ha decidido en favor del principio territorial como fundamento director de la resolución de todas las cuestiones siendo extraño que no obstante tal indecisión, haya formulado bien el problema fundamental... la doctrina de Savigny es pues incompleta, llega a su fin, determina el objetivo, pero no desenvuelve el principio que ha de cumplirlo, no hace mención del medio necesario para su efectividad y para su fijeza”. Luego de un detallado análisis de las escuelas de la época, concluye que “sólo queda en pie el fundamento (aportado) por Savigny, falta completarlo... faltaba fijar el precepto permanente, el principio dirigente... el móvil que la fija, la guía y la pone en movimiento. El Dr. Ramírez amplió en ese sentido el sistema de Savigny sentando el principio territorial para aplicarlo como regla general a la resolución de las cuestiones de la materia... Ramírez (lo) extiende, amplía su significado, su aplicación y lo convierte en principio director. Así encarado, el derecho jurisdiccional internacional (léase el derecho internacional privado) se simplifica en extremo, adquiere un poder de síntesis notable y facilita el contradictorio y oscuro problema de las colisiones. Jurídicamente hablando, dice el maestro uruguayo, el verdadero asiento de las obligaciones es el lugar en que producen sus efectos jurídicos y aquél en que están radicados los bienes que van a ser afectados por medio de ellas. Lo que hay que averiguar es el lugar en que se localiza todo acto jurídico que vincula a una persona a otras personas o a las personas con las cosas. Este es el centro a que deben converger todas las cuestiones

para su aplicación, se trate de derecho civil, comercial o penal. Principio puramente científico, lógico y uniforme en su aplicación”.

94. De esta manera, la propuesta doctrinal uruguaya se aparta del antiguo territorialismo que sólo aspiraba a admitir la aplicación de la ley interna del juez desconociendo el carácter internacional de la relación jurídica privada, aquella posición que el profesor Quintín Alfonsín denominó el territorialismo estricto del derecho estatal. Arocena⁽⁴⁰⁾ -como todos los demás autores contemporáneos a él- sostuvo que “la verdadera solución para el derecho internacional privado debe consistir en encontrar la ley única, preponderante, racional y científica”. Un principio por tanto, que no sólo atribuyera competencia al derecho propio sino a todos los derechos del mundo de una manera imparcial y equitativa. De este modo, el viejo territorialismo se renovó y transformó proporcionando una solución universal apropiada para la defensa de estas jóvenes naciones. Cada país debe consentir de abstenerse en someter a sus propias leyes los hechos que no se desarrollan sobre su propio territorio. Es en esta abstención de cada Estado en provecho del Estado territorial que se podría encontrar el universalismo puesto que cada uno definiendo la propia competencia reconocería implícitamente la de los otros. El universalismo de las reglas de conflicto se podría hacer así sobre la base territorial. Para esta posición, el territorialismo no es un obstáculo al universalismo, aún si todas las leyes fueran territoriales, el universalismo estaría asegurado.

Otra consecuencia: la imposibilidad de recurrir al renvío

95. Otra secuela que produjo la admisión de la función del derecho internacional privado como un elemento dirimente de los conflictos de soberanías fue la imposibilidad del funcionamiento del renvío. Teniéndose en cuenta de que ya se había realizado la distribución de conformidad con este principio fundamental a través del cual se adjudicaba a cada derecho interno la competencia de los actos que produzcan efectos jurídicos en su propio territorio, resultaba imposible consultar nuevamente al orden jurídico afectado para ver si éste lo enviaba nuevamente al Estado del foro o a un tercer Estado. Afirmer tal facultad hubiera significado romper la hegemonía del criterio universal que se quería implantar. Si el reparto ya estaba realizado de acuerdo a un criterio universalmente admitido, no procedía modificarlo.

Imposibilidad también de reconocer a las normas de aplicación inmediata

96. Hubiere sido imposible igualmente, sostener la emergencia de normas de aplicación inmediata entendidas como aquellas normas de derecho sustantivo que buscaban un campo de aplicación exorbitante con la finalidad de cumplir sus

⁽⁴⁰⁾ Arocena, Alfredo. *Los actos jurídicos en el Derecho Internacional Privado*. Tesis. Montevideo. 1896.

propios objetivos. El sistema instaurado por Ramírez y sus discípulos era el de un monismo metodológico. Se reconoció la existencia de una ley común a todos los Estados sobre la colisión de los derechos locales y se rechazó terminantemente la posibilidad de ir creando un derecho sustantivo que rigiera a toda la región. La elaboración de un derecho material o sustantivo debía continuar siendo un atributo exclusivo de la soberanía del Estado moderno. En dicho momento se participaba de una concepción estatocéntrica, fuertemente protectora del Estado: se consideraba al derecho como una creación del Estado o de un grupo de ellos y limitado por el accionar de los mismos, de ahí la estrecha relación entre espacio jurídico y espacio territorial, a cada territorio le debe corresponder un determinado derecho. Ramírez⁽⁴¹⁾ decía que un Estado “no puede estar interesado en regir por sus propias leyes, ni en su forma ni en su fondo, a un contrato cuyos efectos van a hacerse sentir en otro... es la nación en cuyo territorio radica el asiento jurídico de la convención o del acto que se trata, la única interesada en que los contrayentes se ajusten a las formas que ha puesto por razones de interés general”.

97. Cabe mencionar el hecho de que en su momento también se sostuvo que “como el derecho de soberanía que es un derecho de orden público, va unido como elemento correlativo la jurisdicción... entenderán en ella, los tribunales de esa misma soberanía”, por lo que se instauró un paralelismo entre ley aplicable y jurisdicción competente que volvía en la mayoría de los casos inútil o superflua la invocación del derecho extranjero. No obstante, aún localizando las relaciones jurídicas en cada territorio donde produzca efectos jurídicos, en los casos en que haya que fragmentar a la relación jurídica privada extranacional no era imposible que alguna de sus partes localizada en un lugar produjera efectos también en otro Estado. Sólo en estos casos, podía funcionar la excepción de orden público internacional.

II. Segunda escuela: Quintín Alfonsín y su reclamo para el reconocimiento de una sociedad autónoma

98. Nos resultará muy difícil comprobar en otro país, una sucesión de escuelas de derecho internacional privado tan opuestas como la que ocurrió en Uruguay en la década de 1940. En dicho momento se enfrentaron dos enfoques de pensamiento, dos maneras de concebir nuestra rama. Por un lado, la escuela neo-territorialista del Río de la Plata que concebía a nuestra ciencia como un conjunto

(41) Ramírez, Gonzalo. *Ley aplicable a los actos jurídicos del punto de vista del derecho jurisdiccional internacional privado*. Anales de la Universidad. Año II. T. III nov. 1892 p. 320. Agrega además este derecho no averigua cómo debe legislarse el acto jurídico sino que determina la soberanía que tiene competencia para juzgarlo por sus leyes. *El Derecho Internacional Privado*. Anales de la Universidad. Año I T. II set. 1892. p. 640.

de reglas indirectas tendientes a resolver un conflicto de soberanías que repartían o distribuían la competencia legislativa o jurisdiccional entre los diversos Estados afectados por la relación jurídica privada internacional. Y por el otro, la escuela sustantivista creada por Quintín Alfonsín quien pensaba en un derecho privado material que deberá regular en forma directa a estas relaciones y que emanaba sin intermediarios de las sociedades regionales compuestas por los individuos. Cualquier observador ubicado en dicho momento hubiera apostado al surgimiento de un duro enfrentamiento, a una acerada polémica entre ambas concepciones estando aun vivos tanto Alvaro Vargas Guillemette como Jorge Sienna últimos exponentes de la escuela neo-territorialista- y sin embargo, ello no ocurrió. Al parecer ésta última se encontraba doctrinariamente agotada y cabía pensar que ya no podía realizar desde el enfoque del conflicto de soberanías ningún aporte científico suplementario al ya realizado por Gonzalo Ramírez, sus discípulos y el propio Vargas Guillemette.

99. A la declinación física y de pensamiento de los integrantes de la escuela de nuestro derecho internacional privado se le enfrenta un joven Alfonsín en febrero de 1938 cuando presenta su tesis sobre *El orden público*. No fue un simple azar el que llevó a Alfonsín a elegir este tema como desarrollo de su primera investigación. El percibió que justamente a través de este instituto era donde el derecho internacional privado perdía su rigor científico y en última instancia, su carácter de derecho obligatorio para regular a las relaciones privadas internacionales. Por este motivo, su primera preocupación fue la de examinar la relación existente entre el derecho internacional privado y el orden público internacional y la sujeción necesaria que debe dársele a éste último respecto del primero, buscando en definitiva, la ordenación jurídica entre los dos principios antagónicos.

Obsolescencia del concepto de soberanía estatal como herramienta reguladora de la relación privada extranacional

100. Para llevar a cabo esta tarea, Alfonsín siente la necesidad de “remover hasta los cimientos la obra ‘clásica’ de nuestros maestros” y para ello va planteando sucesivamente un conjunto de axiomas que nos permiten calibrar desde el primer instante la profundidad del cambio operado. Estos conceptos medulares son los siguientes:

1º. La soberanía estatal no es absoluta frente a las relaciones internacionales.

2º. La limitación de la soberanía estatal proveniente del derecho internacional privado no puede ser impuesta por otra soberanía estatal porque el concepto de soberanía es ineficiente para cumplir dicha tarea.

3°. La limitación de la soberanía estatal proveniente del derecho internacional privado no es una auto-limitación sino que resulta impuesta por la realidad social.

4°. El derecho internacional privado no se basa en una comunidad jurídica de los Estados sino en la simple interdependencia de los hombres.

5°. El contenido del derecho internacional privado no proviene de los Estados sino que tiene un origen autónomo de éstos últimos⁽⁴²⁾.

Defensa del espontaneísmo social

101. La obra *El orden público* debe ser mirada como uno de los intentos más vigorosos aparecidos en este continente por rechazar la identificación total del derecho con el derecho estatal, de la norma jurídica con la ley y por admitir a vía de consecuencia, una concepción pluralista del hontanar jurídico⁽⁴³⁾. Habíamos señalado que de acuerdo a la doctrina neo-territorialista de Gonzalo Ramírez nuestra disciplina tenía únicamente por cometido la distribución de la competencia legislativa y jurisdiccional entre las distintas sociedades estatales que se encontraban yuxtapuestas debido a la recurrencia a la idea de la soberanía. Cada una era dueña absoluta para regir a las relaciones jurídicas internas y a las relaciones privadas internacionales que se localizaban jurídicamente en su territorio por haberse considerado que era el lugar más intenso de afectación. Para el profesor Alfonsín en cambio, las sociedades se contienen unas a otras y por lo tanto, se interpenetran, siendo las más generales las que penetran en las más especiales. Este fenómeno de interpenetración provoca que los mismos individuos sean sujetos de órdenes jurídicos distintos y que se encuentren obligados a la vez, por unos y otros. Por ese motivo, nuestra materia no es más concebida como un derecho interestatal sino más bien como un orden jurídico intersocial. Habiendo hecho caer el concepto de la soberanía estatal como uno de los elementos indispensables del derecho internacional privado, ataca otro de los atributos del Estado que por siglos fue

(42) Alfonsín Quintín. *El orden público*. Montevideo. 1938. Todos estos axiomas pueden ser analizados más profundamente en la misma obra, desde las páginas 25 a 67.

(43) Para desmitificar el concepto de soberanía escribe un párrafo muy esclarecedor: "la relación extranacional se eleva pues ante una soberanía hasta lograr el mismo nivel de ésta, lo cual hace pensar, provisionalmente, que dicha relación está provista de una autoridad muy poderosa que procede de otra soberanía que la tutele o de la comunidad de las soberanías o de la relación misma... la relación no está tutelada por una soberanía sino por la norma jurídica que existe sobre todas ellas y si cada Estado respeta el tránsito de la relación no es por la pretendida autoridad tutelar de otra soberanía que es ineficaz e impotente sino por el respeto de dicha norma... La relación extranacional vale por sí (o sea independientemente de los términos analizados hasta ahora) y halla su apoyo normal (normativo) en la interdependencia humana recién nombrada". Alfonsín Quintín *El orden público* op. cit.

considerado vital por parte de los especialistas para definir a nuestra ciencia: el territorio. El autor parte de la base de que si los campos de vigencia se superponen y las sociedades se interpenetran en realidad no hay conflicto pues se eliminan los celos fronterizos propios de la yuxtaposición. En esta concepción las leyes estatales dejan de ser la sustancia del derecho internacional privado y su calidad es indiferente al respecto, ya no puede existir una identificación absoluta entre norma de derecho y norma legal.

Proceso de creación de los derechos objetivos

102. En la sociedad internacional el proceso de objetivación no es sencillo, por el contrario, las normas jurídicas se regionalizan o se estatizan. En este último caso, a la obligatoriedad espontánea propia de sus normas, el Estado le agrega la obligatoriedad forzada. Habiendo realizado la exclusión de dos de los atributos esenciales del Estado moderno -soberanía y territorio- como elementos pertinentes en nuestra materia, sólo quedará el tercero: el individuo, solo o asociado, y es sobre él donde Alfonsín centrará su análisis. El derecho privado internacional aparece cuando la interdependencia social de los hombres produce la obligatoriedad de las relaciones extranacionales, cuando ese sentimiento de la obligatoriedad de la relación penetra en la sensibilidad jurídica de los hombres. Las normas de derecho privado internacional se fundan en el consenso de la sociedad internacional entendiéndose por tal, no la de los Estados sino la de los individuos. Sólo los individuos son capaces de engendrar derecho en la esfera internacional por lo que rechaza la posibilidad de que el Estado dicte leyes referentes a esta materia. El Estado y los acuerdos interestatales más que fuentes se ubican en la calidad de medios para hacer constar a las normas de derecho privado internacional.

Las normas materiales de derecho privado internacional van surgiendo como derecho consuetudinario de la sociedad internacional y reposan en la conciencia internacional que las reputa obligatorias. Ello no quiere decir que la sociedad internacional sea contraria a las sociedades nacionales, todo lo contrario, en virtud de la interdependencia humana los individuos de las distintas sociedades nacionales entran en relaciones recíprocas y tejen libremente los hilos de la sociedad internacional dentro de la que quedan envueltas y sumidas, las sociedades nacionales. La conciencia de la sociedad internacional no puede ser ajena ni contradictoria con la conciencia de cada sociedad nacional dado que los mismos hombres constituyen a la vez ambas conciencias, por lo cual el Estado no puede sustraerse a la obligación de respetar el contenido y la vigencia supranacional del derecho internacional privado sin violentar la conciencia de la propia sociedad.

De lo expuesto parecería deducirse en una forma lógica el carácter indispensable de la voluntad de los individuos en la creación de las normas.

El mismo lo ha señalado al establecer el modo en que surge el derecho consuetudinario internacional. No sin sorpresa, apreciamos en varios de sus artículos un radical rechazo al reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares⁽⁴⁴⁾. De este manera, desconoce el primer tramo de formación del derecho consuetudinario -creación de una conducta, repetición de la misma y convicción de que debe acatarse en forma obligatoria- y quedaría únicamente aquélla etapa en que éste ya se encuentre consolidado y actuando por encima de los particulares. Este razonamiento conduce a reconocer solamente a la costumbre ya existente y a no permitir la evolución natural del derecho. Según Alfonsín los individuos no forman parte de la tarea de creación jurídica, a ellos se les aplica el derecho. Si aceptamos esta conclusión, las normas jurídicas sólo podrían formarse a través de mecanismos formales, o sea los del Estado privando a su teoría de la parte más original. Sin pensarlo, se contradice renunciando a su afirmación inicial de que en última instancia no es tampoco el Estado un productor de normas sino que surgen de la sociedad y a aquella concepción de que la regla que surge de la costumbre es la expresión más genuina de la sociedad internacional.

El monismo internacional

103. Según Alfonsín el derecho internacional privado debe valer sobre los Estados puesto que su vigencia debe ser universal y en tal caso, sus normas son obligatorias para el Estado. Su contenido es autónomo ya que no nace por la voluntad de los Estados sino por la necesidad de proveer de derecho a las relaciones interindividuales. Por ese motivo el derecho internacional privado entra en el cuadro normal de los derechos sustantivos y posee sus características: les provee de derecho, las tutela, las sanciona y las garantiza de una forma directa. Esas necesidades de la sociedad internacional no son la simple suma de las necesidades de las sociedades estatales puesto que dicha sociedad internacional contiene exigencias propias y originales que pueden ameritar una solución distinta.

Frente a la alternativa de si debe considerarse o no independientes al derecho privado internacional y a los derechos regionales se inclina por la posición monista. Sin embargo, no concibe a nuestra disciplina como un derecho coordinador de los límites de los derechos sustantivos o un derecho sobre el derecho. El orden se obtiene a través de una identidad de los contenidos o conceptos, de una subordinación de derechos materiales. Los derechos regionales son simples contenidos del

⁽⁴⁴⁾ Alfonsín Quintín. *Nota sobre el régimen de los contratos en Derecho Privado Internacional*. Revista del Instituto del Derecho Civil. Tucumán 1948. T. I. p. 89, Ibidem, *La teoría de la autonomía de la voluntad aplicada al régimen internacional de los contratos*. XI. Revista de Derecho Público y Privado. 1949, N° 131, 257. Ibidem, *Régimen internacional de los contratos*. Biblioteca de la Facultad de Derecho Sec. III, LIV. Montevideo. 1950.

orden jurídico internacional y por esta razón tan sencilla, aparecen unificados y subordinados frente a él. Por tanto, los contenidos no son inconciliables sino que se avienen o conjugan partiendo de una raíz común. La antinomia entre los órdenes jurídicos no debe existir, no es normal, puesto que todos los derechos vigentes en un determinado momento necesariamente deben estar ordenados, formar un sistema u orden jurídico. Orden jurídico para él significa posición ordinal: cada cual ocupa un plano distinto con relación a otro. Uno confiere validez el otro la adquiere, uno determinando la competencia el otro la recibe.

104. De acuerdo al Maestro, los países más próximos por el lugar o por la sensibilidad jurídica o por la frecuencia de la relación coinciden hasta en los detalles y forman regiones con sistemas completos, minuciosos y abundantes. El alejamiento aumenta las diferencias y reduce el sistema resultante que a veces puede consistir en unos pocos preceptos jurídicos dotados de una gran generalidad. Pero de todos modos, toda sociedad regional tiene en su orden jurídico una parte autónoma donde plasma lo específico jurídico. Esta parte autónoma del orden jurídico subordinado consiste en el margen de libertad necesario para que dentro de él, cada sociedad particular exprese los caracteres propios que la diferencia de la sociedad general mediante normas jurídicas. Esta situación no implica el desconocimiento del monismo y no disminuye la función del orden supraordenado puesto que al estar los individuos integrados en dos sociedades, los mismos individuos no pueden tener al mismo tiempo, convicciones jurídicas contradictorias. La identidad de los derechos sustantivos subsiste, no en los detalles de sus contenidos, pero sí en lo esencial.

Las fronteras no son límites físicos sino jurídicos

105. En estas condiciones la relación jurídica extranacional no tiene una patria al no estar tutelada por ninguna soberanía. El límite de vigencia de una norma jurídica va a estar dada no por el trazado de una frontera política sino hasta donde sea percibido por la conciencia de los individuos en cuanto al sentimiento de su obligatoriedad. Alfonsín expresa que cuando una relación jurídica sale un metro siquiera de la región, configura una nueva región con sus propias normas y son éstas las que deben aplicarse. Las fronteras por lo tanto, no son límites físicos sino jurídicos. La competencia o extensión válida o volumen de la norma no ha de ser entonces, necesariamente espacial. Cuando una relación es extranacional se determinará la región en la que ella exista, determinada la región se aplicará el derecho privado de la misma. Sólo admite que el derecho privado internacional brote de las necesidades sociales y de la interdependencia de los hombres. Puede suceder que alguna relación jurídica extranacional configure una región en la cual sea difícil establecer la norma común (Uruguay y China por ejemplo) pero esta

dificultad no es absoluta porque siempre habrá algún principio común aplicable o tales relaciones jurídicas no existirán. El derecho regional siempre será suficiente para la relación. Será poco preciso, no tendrá detalles, impondrá deducciones, pero siempre la situación jurídica de cada relación estará contenida en la norma general. Si la propia norma general no basta para resolver la posible diferencia que surja en la relación, el juez deducirá la norma especial desarrollando o interpretando las generales o mediante la equidad natural o la justicia que corresponda al derecho regional, a la naturaleza de las cosas, a los principios generales de derecho, que si bien son conceptos filosóficos se encuentran plenos de derecho positivo.

La noción del orden público en esta primera etapa

106. Según el Maestro, el orden público tiene la función esencial de conferir competencia *de hecho* a la *lex fori* que *de derecho* era incompetente, impidiendo así la aplicación de la ley competente y disminuyendo la función regular del derecho privado internacional. Los ensayos de teorización del orden público han ido hacia los dos extremos: la postura internacionalista pugna por suprimirlo, en cambio la posición nacionalista suprime al derecho privado internacional despojándolo de su carácter obligatorio. Ambas son insostenibles en su estado de pureza. La primera porque desconoce la coherencia natural de todo grupo humano, y la segunda porque niega la existencia de relaciones jurídicas privadas extranacionales.

Como la alternativa es vital para nuestra ciencia, para él es necesario elaborar una nueva teoría que reconozca a ambos fenómenos que practique una ordenación jurídica entre ambos principios antagónicos. No hay duda que en su concepción se impone la subordinación del orden público al derecho privado internacional lo cual supone rigorizarlo. Por lo tanto, el orden público debe ser trasladado a una teoría rigurosa que permita encauzar a los Estados en la vía del derecho porque dejar al orden público el derecho de ponerlo todo en discusión sería emprender una vía peligrosa al término de la cual se percibe la arbitraria supremacía de lo político sobre lo jurídico. El orden público es jurídico y participa del orden jurídico de las sociedades más particulares -no del derecho privado internacional- pero no puede ser un instrumento de la política o la escueta expresión de los hechos.

107. De lo expuesto hemos apreciado que el orden público tiene una función única y específica que es la de excluir el derecho más general frente al más especial puesto que el orden público reside y está expresado en el sistema especial de normas jurídicas, en el sistema excluyente. Cuando ese sistema especial es el estatal, el orden público residirá en la *lex fori*. Frente al derecho privado internacional el Estado debe estar sometido jurídicamente pero no en forma absoluta. Una sumisión absoluta podría aniquilarlo y absorber lo que tiene de específico. ¿Cómo explicar

que en presencia de tales leyes e institutos el juez aplique su derecho propio y prescindir de la norma general? Las razones son de protección nacional: de amparo y respeto del bien público, de la moral, de la religión, de la economía, etc., es decir, por todas aquellas razones que atienden a la conservación estatal. Al conocer las excepciones y saber que son legítimas, es menester determinarlas y restarle elasticidad al concepto. Aquí ya se puede realizar una primera precisión: no todas las leyes coercitivas han de oponerse a la aplicación de las leyes extranjeras porque la conservación estatal igualmente está asegurada si se respetan ciertas leyes coercitivas de particular importancia, las que son absolutamente obligatorias.

La calidad de orden público no depende de la voluntad de los Estados

108. Las leyes de orden público obran por sí gracias a su calidad intrínseca. La calidad de orden público es inherente a esas leyes y no requieren por tanto, de un dispositivo exterior como la voluntad o los intereses del Estado. Si lo dejamos a la voluntad del Estado -ondeando perpetuamente- revestirá y dejará de revestir a las leyes con la calidad de orden público a su capricho. El hecho de rechazar a dicha voluntad en esta determinación afirma la posición internacionalista porque quien debe determinar cuáles son estas leyes de orden público y cuáles no, será el orden jurídico internacional. Las leyes de orden público actúan por derecho regional, no hay que detenerse en la voluntad del Estado sino en la vigencia natural de su contenido. Si es admitido por las conciencias humanas en el ámbito nacional será de orden público puesto que expresan lo específico de cada sociedad-Estado. Por ese motivo la vigencia del orden público está limitada práctica y jurídicamente a las fronteras del Estado. Si tuviera extensión regional se trataría de la vigencia de una norma regional y no de una norma de orden público. El límite del orden público consistirá en que la norma subordinada no sea incompatible con el derecho regional. La constante movilidad de las conciencias humanas permite el tránsito de la norma estatal de orden público a la vigencia regional y viceversa. En definitiva, si bien el orden público es un derecho del Estado, éste no será quien dicte la norma jurídica en que funda ese derecho. La norma sólo podrá ser producida por la región. Se convertirá así en una excepción reglada por las propias normas excluidas. El Estado asume la obligación de usarlo dentro de ciertos límites jurídicos y exclusivamente dentro de su espacio territorial.

Segunda etapa: análisis clásico del orden público

109. En el momento en que Alfonsín se dedica a la elaboración de su *Teoría del Derecho Privado Internacional* en 1955, la ocasión fue propicia para reflexionar nuevamente sobre el orden público en el Capítulo XX pero esta vez el análisis se

efectúa desde el punto de vista conflictualista. Allí analiza por primera vez, la distinción entre el orden público como excepción *a priori* de aquélla que funciona *a posteriori*.

a) *El orden público como excepción a priori*. Para buena parte de la doctrina, las leyes que el Estado reputa rígidamente obligatorias deben ser aplicadas sin ninguna vacilación a las relaciones jurídicas correspondientes. La excepción *a priori* nos obliga a aplicar ciegamente las normas rígidas a la relación. Ella goza del favor de los jueces pues les ahorra la espinosa tarea de aplicar la regla de conflicto de leyes y de examinar el derecho privado extranjero eventualmente designado por ella. Mediante este ardid, el orden público tiende a ensanchar su ámbito indefinidamente sin que haya medio alguno para impedirlo debido a que no es posible fijar de una vez y para siempre la lista de las normas rígidas de cada legislación.

b) *El orden público como excepción a posteriori*. No obstante, no le parece ventajoso aplicarlas a rajatabla puesto que el mismo resultado puede obtenerse usando la excepción *a posteriori*. Esta última excepción, en efecto, permite el libre juego de la norma de derecho privado internacional, la que eventualmente podrá señalar como aplicable a la relación nuestro propio derecho privado o una ley extranjera que no vulnere nuestro orden público, y solo le cerrará el paso a las leyes extranjeras que lo vulneran, con lo cual nuestro orden público queda defendido con la misma eficacia que cuando se usa la excepción *a priori*. Además, permite determinar científicamente si aplicamos las normas rígidas a la relación extranacional por ser las regularmente aplicables o si las aplicamos a título de excepción. La excepción *a priori* sepulta estas distinciones y nos obliga a aplicar ciegamente las normas rígidas a la relación. Alfonsín respalda la posición tradicional: la excepción de orden público sólo deberá intervenir para impedir la aplicación de la ley extranjera *regularmente aplicable a la relación*, sólo en este caso la ley de orden público puede tener reconocimiento internacional. La concepción clásica justifica esta excepción teniendo presente que las normas de derecho privado internacional son como cheques en blanco firmados por cada Estado, cuyo eventual contenido nunca se puede calcular de antemano.

Ecos de sus enseñanzas

110. Durante la C.I.D.I.P. II reunida en Montevideo en el año 1979, Uruguay signó -y luego ratificó- la *Convención sobre las normas generales de derecho internacional privado* en la que se recoge en su artículo primero el monismo internacional, o sea, la primacía del derecho internacional privado sobre el derecho interno. Y mediante una declaración que no dudamos en calificar de

técnicamente perfecta, elaborada por el Prof. Didier Opertti expresada en la Conferencia por el Prof. Manuel Vieira e inspirada en las ideas de Alfonsín, nuestro país asumió el compromiso de inteligir la excepción de orden público, contenida en el artículo 5º., de la siguiente manera:

Alcance que le otorga al orden público:

La República Oriental del Uruguay manifiesta que ratifica de modo expreso la línea de pensamiento sostenida en Panamá -CIDIP I- reafirmando su ascendrado espíritu panamericanista y su decisión clara y positiva de contribuir con sus ideas y su voto, al efectivo desenvolvimiento de la comunidad jurídica.

Esa línea de pensamiento y conducta ha quedado patentizada en forma indubitable con la ratificación sin reservas por parte del Uruguay de todas las Convenciones de Panamá aprobadas por Ley N° 14.534 del año 1976.

En concordancia con lo que antecede, la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.

Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte 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 de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.

111. Dicha Declaración obedece al intento por parte de Uruguay de rigorizar el concepto de orden público. La cláusula de escape corrientemente utilizada por las Convenciones Interamericanas se encuentra redactada en líneas generales de la siguiente manera: *La ley aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a su orden público*⁽⁴⁵⁾. La manifestación debe ser entendida como una declaración interpretativa y no como una reserva. Esta última generalmente se formula para excluir al Estado

⁽⁴⁵⁾ La cita corresponde al artículo 9 de la *Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado* aprobada en 1984 en La Paz, Bolivia.

de la obligación a asumir algunas disposiciones convencionales. Se utiliza entonces, para evitar la aplicación de una parte del Tratado. En una Declaración interpretativa en cambio, no se intenta eludir -por lo menos ésta- a las obligaciones internacionales sino que por el contrario se asumen, aunque otorgándoles un entendimiento original que puede ser compartido o no por la comunidad del resto de los Estados Parte. Como declaración oficial obliga a todos los funcionarios del Estado que la ha formulado a inteligir el punto de la manera expresada en la misma.

En dicha Declaración Uruguay precisa que la fórmula convencional de orden público implica una autorización excepcional a los distintos Estados por el carácter supraordinado que le da al derecho privado internacional respecto de los derechos nacionales. Aclara igualmente, que no debe confundirse orden público interno que es aquél que intenta primar sobre la voluntad de las partes, del orden público internacional cuya función es la de descartar la aplicación de la ley extranjera normalmente aplicable. Por otro lado, la exclusión de dicha ley extranjera no podrá dejarse al arbitrio del juez sino que éste deberá fundamentar en su decisión, las causas de dicha exclusión. Estas causales deberán ofender no sólo a las disposiciones de una ley, de un artículo de la Constitución o de cualquier otro texto escrito sino también a principios que dimanen naturalmente de la estructura jurídica de nuestro país. Una simple contradicción de contenidos regulatorios no es suficiente, la ofensa inferida por la solución dada por la ley extranjera normalmente aplicable en base a la regla indirecta, debe ser concreta, grave y manifiesta. Los tres calificativos nos indican que se debe afectar al litigio particular, en primer lugar, debe tener una entidad considerable, un peso importante, por lo que en segundo término tiene que ser grave y por último debe ser manifiesta en cuanto ostensible, o sea, debe poder ser apreciada por todos los integrantes de la colectividad uruguaya de una manera objetiva.

III. Etapa actual: Jorge Tállice ¿un pluralismo metodológico redimensionado? *La mayor o menor comunidad de principios entre las sociedades condiciona la elección del método*

112. En el transcurso del año 1983 el Instituto de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República convocó a sus integrantes a reflexionar en torno al tema: objeto y método en el derecho internacional privado. Varios colegas realizaron su aporte y posteriormente se publicaron las exposiciones en un obra aparecida en 1986. Uno de los disertantes fue el profesor Jorge Tállice⁽⁴⁶⁾ el que hizo una defensa del pluralismo metodológico,

⁽⁴⁶⁾ Tállice, Jorge R. *Objeto y método en el derecho internacional privado. Exposiciones formuladas y trabajos presentados en las sesiones dedicadas al tema por el Instituto de Derecho Internacional Privado, celebradas en los años 1983 y 1984.* Montevideo. 1986. Su artículo tiene la misma denominación que la obra, pág. 29 y ss.

ausente en las teorías anteriores. Sostuvo en su momento, que en el derecho internacional privado hay un objeto original y particular a esta disciplina que nada tiene que ver con los objetos y fines que caracterizan a las otras ramas del derecho. En todas las concepciones sobre el derecho internacional privado subyace siempre la relación privada internacional. Aduce que lo que confiere unidad a nuestra disciplina es la relación privada internacional y no el método utilizado. Esta relación cuenta siempre con un elemento extranjero, pero su grado de internacionalidad puede variar. Los ingredientes extranjeros pueden existir en una distinta proporción y aparecer en distintos momentos. Esta situación conduce a que el derecho internacional privado deba recurrir para regular adecuadamente a la relación, a distintos métodos normativos: al método de elección o conflictualista, al método de creación o sustancialista o al método de autolimitación o exclusivista.

1°. Cuando hay una comunidad de principios de derecho material que pueda posibilitar la creación de un nuevo derecho sustancial, habrá un sustancialismo que será parcial, porque deberá actuar concurrentemente con el conflictualismo general.

2°. Cuando la comunidad de principios de derecho material sólo permita tolerar extraterritorialmente las distintas particularidades de esos principios comunes, habrá conflictualismo.

3°. Cuando no hay una comunidad de principios de derecho material, habrá un exclusivismo radical que excluirá a toda solución foránea. La diferente intensidad en la comunidad de principios jurídicos impone optar pues, por uno u otro procedimiento metodológico.

Acotamiento de la tarea metodológica

113. La reglamentación de las relaciones jurídicas privadas de tráfico externo pues, puede hacerse partiendo de distintos métodos normativos: unos propios a la disciplina como los métodos conflictualista y exclusivista. Y otro, común a los demás sectores del derecho, como es el método sustancialista. La utilización de uno u otro de los métodos obedece como hemos señalado, a la influencia de ciertos factores:

- a) a la mayor o menor internacionalidad de la relación,
- b) Y a la mayor o menor comunidad de principios en los diferentes ordenamientos jurídicos estatales.

114. Sin embargo, admitir para Tálíce el pluralismo normativo en el derecho internacional privado no es lo mismo que incluir en él, el estudio de la totalidad de las normas resultantes de ese pluralismo. Afirma que el estudio de las reglas

materiales de derecho internacional privado en nada se diferencia de las reglas sustanciales del derecho común interno de cada Estado. Así como la concepción conflictualista del derecho elimina del ámbito de sus consideraciones a las normas sustantivas de derecho interno designadas por la regla de conflicto, también la concepción pluralista debe desentenderse de la reglamentación sustancial que resulte de dicho pluralismo metodológico debido a que el derecho internacional privado debe ser siempre “un derecho sobre el derecho” puesto que cumple una función individualizadora o determinativa. Su función siempre consistirá en designar al derecho material aplicable y para ello se vale de distintos métodos normativos.

115. Por lo tanto, para el autor hay un límite infranqueable que no se puede sobrepasar, y ese límite nos está indicando que el derecho internacional privado debe abocarse al estudio de la primera parte de la estructura normativa, sólo analizar el supuesto de hecho, la categoría, el tipo legal y no la consecuencia jurídica. Ello conduce a eliminar todos los problemas atinentes a la regulación material en sí misma considerada. Por ese motivo, al final de su artículo, Tállice expresa que sólo formarán parte de nuestra disciplina:

- 1º. la determinación del campo de aplicación de las leyes en el espacio,
- 2º. la determinación del alcance extensivo de la categoría regulada,
- 3º. toda la tarea de coordinación normativa que conduzca a crear un orden jerárquico de aplicación cuando diferentes normas coexisten para aplicarse a una misma relación,
- 4º y los problemas de integración e interpretación. No comprende sin embargo, las cuestiones relativas a la aplicación del derecho extranjero.

Apreciación crítica

116. La concepción expuesta luce correctamente enfocada en lo que hace referencia a la visión de la sociedad internacional y al diferente grado de cohesión y de entidad que demuestran sus diversos componentes. Aparece compatible asimismo la afirmación de que el objeto de nuestra ciencia es la relación jurídica internacional y no un método determinado. Debido a que la internacionalidad de la relación jurídica se manifiesta en grados diversos y que el elemento extranjerizante puede aparecer en diversos momentos de su vida, hacemos nuestra su conclusión, acerca de que a esta altura del desarrollo del derecho internacional privado se impone el pluralismo metodológico que permite cubrir todas las circunstancias anotadas precedentemente. Lo que no nos convence y por lo tanto no aceptamos es que a ese enfoque haya que efectuarle alguna limitación. Tállice sostuvo que “una

cosa es afirmar que pertenece científicamente al derecho internacional privado el estudio de los distintos métodos normativos al servicio de la reglamentación de las relaciones privadas internacionales y otra cosa muy distinta es sostener que lo integran la totalidad de las normas resultantes de dicho pluralismo metodológico". Nuestro colega realiza un importante esfuerzo por evitar definir a nuestra materia a través de un método específico y hacerlo en cambio, por el estudio de la relación jurídica privada internacional. No obstante, su intento escolla contra los límites, que le impone a su objetivo. Al considerar que el derecho internacional privado es "un derecho sobre el derecho" lo que en realidad hace es inclinarse por una solución metodológica determinada: la de la regla de conflicto de leyes y de jurisdicciones, con lo cual cae en aquella situación que quiere evitar: la de estar definiendo a nuestra materia por un método específico y no por el estudio de la relación jurídica privada internacional.

117. El manifiesta "que nada se asemeja más a una regla sobre la venta mercantil interna que una regla sobre la venta mercantil internacional". Ello es cierto si indagamos exclusivamente su estructura sin embargo desconoce que la sociedad internacional tiene exigencias propias que no son las de cada Estado individual y a las que nuestra materia corresponde darles satisfacción. Si se intenta dar respuesta a las exigencias propias y originales de la regulación de las relaciones jurídicas privadas internacionales, el método sustantivo nos parece inmejorable. Aceptar su criterio implicaría no dar acogida a las normas sustantivas internacionales las que desde cualquier punto de vista, serán siempre las más apropiadas para regular a las relaciones jurídicas privadas internacionales. Un ejemplo lo ha proporcionado recientemente los *Principios aplicables a la contratación internacional* elaborados por UNIDROIT. Algunos de estos principios establecen la exoneración de toda formalidad en dichos contratos y puede aceptarse la ausencia de causa en los mismos. Estas soluciones se encuentran en clara contradicción con los conceptos básicos que han sido recepcionados por siglos por los derechos estatales influídos por el derecho romano. Sin embargo, se ha sostenido que tratándose de un ámbito internacional de contratación se deben respetar sus propias exigencias. La confusión obedece a que el autor no ha tenido suficientemente en consideración la naturaleza de la regla de conflicto de leyes. Esta en realidad, es una regla material. La referencia que realizan numerosos especialistas a la existencia de una comunidad de principios para que dicha regla pueda funcionar correctamente, obedece a la necesidad de adjudicarle un campo sustantivo o conceptual compartible por todos. Por ese motivo en la regla de conflicto, ontológicamente, la categoría y el punto de conexión o de contacto deben ser ubicados en un mismo contexto. Constituyó un error el hecho de los Tratados de Montevideo de 1889 hubieren establecido que el domicilio debía ser definido por

la ley del país donde el sujeto tuviera su residencia habilitando de este modo que una misma relación jurídica tuviera diferentes soluciones. Esta inconsecuencia fue comprendida por los convencionales de los Tratados de Montevideo de 1940 que buscaron definir expresamente en qué consistía el domicilio. Por tanto, la regla de conflicto de leyes no es una regla formal, si por tal debemos ver en ella a una cáscara vacía, o a un derecho estrictamente procedimental que recogió la adhesión de Ramírez. Lo que sí identifica a la regla de conflicto no es su calidad "formal" sino su característica de indirecta, o sea, que se basa en la circunstancia de no dar ella misma la solución del caso sino que la envía a otros. En su teoría el método sustantivo, considerado como un intento estructurado de regular completamente a un determinado campo jurídico, en realidad, está demás.

118. Nos parece extraño que rechace al método sustantivista -el más apropiado para la regulación de las relaciones jurídicas de tráfico externo- y recepcione el método exclusivista que en realidad, desconoce totalmente a la internacionalidad de la relación y la asimila a las internas. El propone estudiar exclusivamente la categoría de todas estas normas, pero ¿de qué sirve hacerlo respecto del método exclusivista en cuanto borra las diferencias entre las dos clases de relaciones de naturaleza tan distinta? Sostener la aplicabilidad del método exclusivista "cuando no hay una comunidad de principios de derecho material" resulta confuso puesto que para solucionar este problema la doctrina ha hecho uso por mucho tiempo, de la excepción de orden público internacional. Si el método exclusivista pretende referirse a las reglas de aplicación inmediata tampoco su posición puede ser compartida debido a que estas normas igualmente se han aplicado cuando exista entre los Estados una comunidad jurídica de convicciones. Su voluntad de incluirlas como un método sin acotar debidamente sus límites, y sin realizar una tarea de jerarquización metodológica implica una amenaza a la internacionalidad relativa de la relación -regulada por la regla de conflicto- o a la internacionalidad absoluta, reglamentada mediante el método sustantivo.

119. Nuestro colega sugiere detenerse en el estudio del supuesto normativo, en la tarea de coordinación de legislaciones y en la labor de integración e interpretación. Este límite nos parece arbitrario puesto que propicia el *statu quo*. Consideramos que es tarea de la doctrina tender hacia un internacionalismo cada vez mayor, a una profundización de los principios comunes que aunque no estén hoy vigentes tienen que ser tomados de todos modos, como un horizonte referencial de significados. Parecería un contrasentido que cuando se llega a ellos mediante una regulación directa -respetándose de este modo, el contexto de la sociedad internacional- se deba abandonar este campo para entregárselo a otra disciplina. O el derecho internacional privado regula a la relación jurídica privada internacional o no la regula, esa debe ser la disyuntiva. Si lo hace, deberá acogerse entonces, al

método sustantivo. Tállice con acierto, ha demostrado la realidad imperante pero su pensamiento no recoge un pluralismo metodológico redimensionado sino que concluye, en la aceptación de un monismo metodológico -el del conflicto de leyes- *malgré lui*.

SECCION CUARTA

1985 - 1995

La posición de Uruguay respecto de la liberalización del comercio internacional.

La Ronda Uruguay del GATT y la Organización Mundial del Comercio⁽⁴⁷⁾

120. Resulta impropcedente e ineficaz realizar un análisis sobre la regulación de los contratos internacionales y no efectuar un somero examen de las reglas y prácticas estatales existentes en el comercio internacional. Durante el transcurso de los tres últimos gobiernos democráticos, Uruguay parece haber marcado las líneas de una política de Estado respecto de aquellas circunstancias que facilitan o traban a dicho comercio. La protección de las políticas estatales -identificada por Francescakis como una necesidad agregada a la tarea tradicional del derecho internacional privado- no sólo conduce a facilitar el desarrollo coordinado de las diferentes regiones que componen a una sociedad estatal o a la modernización de la economía a fin de hacerla más compatible con las reglas del comercio internacional sino que también -en la gran mayoría de las veces- ha conducido a un proteccionismo que coadyuva con una falta de voluntad política a encarar reformas de las estructuras de producción que culmine en un sistema multilateral de comercio más justo y equitativo.

121. La definición de una política de Estado sobre la materia se ha visto forzada debido al proceso que se había iniciado con el objetivo de realizar una nueva ronda de negociaciones en el marco del GATT para atacar los viejos problemas que lo afectaban. Esta ronda de negociaciones -denominada *Ronda Uruguay*- tuvo una duración de 8 años en cuyo transcurso pudo percibirse claramente las enormes dificultades que se debían superar y los caminos posibles para solucionarlas. Como menciona Lacarte Muró, durante ese lapso de tiempo ocurrió una profunda transformación de la realidad imperante: el surgimiento profuso de bloques de integración económica o de áreas aduaneras desgravadas, el fin de la denominada

⁽⁴⁷⁾ Respecto de esta sección hemos recurrido a la importante obra, aparecida recientemente, de Julio A. Lacarte Muró titulada *Ronda Uruguay del GATT. La globalización del comercio mundial*. Montevideo. 1994.

Guerra Fría, la caída del muro de Berlín y la reunificación de Alemania, la descomposición de la propia URSS., que no sólo significó la desaparición del antagonismo doctrinario y armado entre el Este y el Oeste sino la aceptación generalizada de las políticas económicas sustentadas en la libre empresa. La desregulación, la privatización y la internacionalización parecen ser hoy los puntos de referencia para la economía contemporánea, en la que todo apunta hacia una ampliación masiva del intercambio de bienes y servicios. La economía mundial se globaliza por lo que resultaba ineludible emprender la tarea de elaborar el conjunto de políticas macro-económicas que conduzcan a mayores y más justos niveles de prosperidad.

Situación imperante

122. Empero, ubicados en el año 1985 el emprendimiento a realizar parecía poco menos que quijotesco. Los Ministros encargados de las políticas comerciales de varios países se habían reunido en 1982 y habían elaborado un diagnóstico sobrio de la economía mundial. Se enfatizaba la situación de crisis en la que se vivía, la falta de convergencia de las políticas nacionales, las crecientes presiones proteccionistas, el aumento de las violaciones de las disciplinas del GATT e incluso, la acentuación de las deficiencias en el funcionamiento del propio Acuerdo General. Los países en desarrollo señalaban graves problemas: la limitación del acceso a los mercados, el debilitamiento de la demanda externa, el colapso de los precios de los productos básicos y el costo alto del crédito, la crítica situación derivada del servicio de la deuda externa y el hecho de que al perjudicar su capacidad importadora cesaban de constituir un factor dinámico de sostén de las exportaciones del mundo desarrollado. Destacaban que la reacción de los gobiernos ante el reto que planteaba la crisis había sido inadecuada e individualista. Esto socavaba el sistema de comercio multilateral y se sumaba a otras prácticas como ser subvenciones internas y de exportación y medidas comerciales restrictivas que respondían a fines no económicos. Se palpaba que primaba la versión egoísta de los acuerdos. El proteccionismo avanzaba a pasos agigantados, todos sentían y percibían sus efectos nocivos que multiplicaban los diferendos en materia de política comercial. Había que obrar a fin de erigir un dique ante la ola de acciones proteccionistas y para encauzar el intercambio mundial por la vía de una liberalización progresiva que fortaleciera las corrientes comerciales. Los países en desarrollo abogaban por el cumplimiento de los compromisos del GATT.

Posición de Uruguay

123. Entre tanto, Uruguay había adoptado unilateralmente medidas de liberación de las importaciones, de los derechos aduaneros, del régimen de divisas para el pago de las importaciones, y de los reintegros a la exportación. En todos

estos sectores nuestro país había avanzado donde muchos otros habían retrocedido. En 1985 nuestra Delegación afirmó que: *rechazamos con total vigor y firmeza el proteccionismo egoísta y negativo que se ha abatido sobre el comercio. Lo repudiamos por cuanto significa entorpecer gravemente nuestro proceso de desarrollo. Lo resistiremos con energía y no acompañaremos a ninguna iniciativa que directa o indirectamente sirva para perpetuarlo o -peor- legalizarlo.* En forma coadyuvante se reafirma el tratamiento diferenciado y más favorable para los países en desarrollo. Por ello deberá mejorarse el mecanismo de solución de diferencias pues la ausencia de un mecanismo efectivo afectaba negativamente a los países en desarrollo los cuales se verían seriamente perjudicados cuando otras partes contratantes ignoran los compromisos pactados. Igualmente, el uso desenfrenado de las medidas de salvaguardia ha resquebrajado el respeto por el Acuerdo General por lo que debería restaurarse el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contratantes lo que exige procurar la creación de un sistema satisfactorio de salvaguardias. Este punto se considera de interés prioritario. *Hay países que han encubierto gran parte de sus políticas proteccionistas en una indefinición sobre ese sector y extendido así, sus efectos perjudiciales sobre sectores del comercio de interés de los países en desarrollo. Nos resulta inaceptable que haya quienes expresen de antemano su no disposición a examinar o negociar las políticas nacionales y el impacto de las mismas sobre el comercio internacional.* Se debe encarar la prohibición de las subvenciones... que los reglamentos sanitarios y fitosanitarios cesen de obrar como una restricción encubierta al comercio internacional⁽⁴⁸⁾.

124. El gobierno alemán compartía esta visión -apartándose del criterio de numerosos países de la Comunidad- y reconocía el carácter candente de una serie de cuestiones atinentes al proteccionismo, como ser las cláusulas de salvaguardia, las medidas de la "zona gris" como por ejemplo, los procedimientos indirectos u ocultos a los que recurrían muchos gobiernos para trabar las importaciones; las subvenciones y las barreras técnicas al comercio. Era necesario aplicar medidas más severas a los países subvencionistas que distorsionaban el comercio, precisar la exigencia de que las normas y reglamentaciones técnicas no se conviertan en impedimentos al comercio o fueran utilizadas con tal propósito. Debían producirse progresos coherentes y complementarios en los planos monetario, financiero y comercial. Liberalizar los intercambios dentro del marco multilateral y evitar las tensiones bilaterales cuyos orígenes radicaban en el proteccionismo, en la defensa de tipos de cambio artificiales que no respondían a los costos de producción reales, en políticas de exportación orientadas a dominar sectores industriales enteros y en el recurso a medidas de retorsión unilaterales cuya aplicación se efectuaba sin respetar los compromisos del GATT.

⁽⁴⁸⁾ El énfasis agregado es nuestro.

125. EE.UU. propuso 4 principios básicos: transparencia, vigilancia, duración limitada y desgresividad. El tema de reducir las subvenciones enfrentaba a este país con la C.E.E. porque éstas habían aumentado su proporción en el mercado mundial de trigo basándose en fuertes subvenciones de exportación. Desde 1967 la Comunidad Europea había aplicado un régimen de apoyos que dio lugar a que pasara de importadora neta a representar -a título de ejemplo- alrededor del 18% de las exportaciones mundiales de trigo. En vista de esta situación, EE.UU. inició su *Programa de Estímulo de las Exportaciones* destinado a incrementar sus propias ventas. La combinación de estos mecanismos de subvención dio lugar a que se creara un mercado mundial de dos niveles en el que la mitad del trigo comercializado se cobraba a precios bajos subvencionados y la otra mitad, a precios del mercado auténtico. A partir de diciembre de 1991 se propuso además, imponer un arancel *ad valorem* del 200% sobre las importaciones procedentes de la Comunidad Europea valoradas en unos 300 millones de dólares anuales sobre determinados productos concretos: el vino blanco, el aceite de nabiza y el gluten de trigo. A fines de 1992 el recién electo Presidente, Bill Clinton designó a Mickey Kantor como representante comercial de EE.UU. el cual expresó que no titubearía en recurrir a la Sección 301 de la Ley de Comercio para forzar a los mercados y que colaboraría con el Congreso con miras a la redacción de una cláusula Super 301. Esta Sección era una herramienta importante para abrir los mercados de aquellos países que violaban sus compromisos internacionales o recurrían a otras prácticas desleales. Se anunció la intención del gobierno de encarar el uso más frecuente de esta Sección, noticia de ninguna manera tranquilizadora para muchos gobiernos a quienes las experiencias vividas les habían enseñado que la Sección 301 era la vía preferida de EE.UU. para aplicar medidas unilaterales en el plano comercial. Este país pues, movilizaba todos sus recursos para defender sus intereses y declaró que no titubearía en recurrir a medidas de retorsión cuantas veces lo estimara necesario para alcanzar sus objetivos. Japón no concedía por su parte, ninguna ventaja a las importaciones a su país y la demostración de su voluntad de abrir su propio mercado. Buen número de países descubrían a diario una nueva modalidad, exigencia o costumbre que venía a erigirse en valla insalvable para acceder a la plaza japonesa. Cada una de las partes ya tenía pronta su lista de medidas de retorsión en el caso de que la otra las aplicara. Era imperioso, por tanto, alejar la amenaza de una guerra comercial.

126. Mientras tanto, el Uruguay, solo acompañado con otros países -como el Grupo CAIRNS- se movía con una precisión impecable marcando su propio perfil. En ese sentido, el discurso pronunciado por el Presidente de la República Dr. Julio María Sanguinetti durante la apertura de la Reunión de Ministros en Punta del Este, indicaba con claridad la problemática comercial mundial y los grandes

temas que debían ser tratados y resueltos en dicho evento: *tenemos que decidir si vamos a promover un comercio activo y vigoroso con oportunidades iguales para todos o si queremos ir por la senda de las guerras comerciales... estamos perdiendo todos, estamos perdiendo nosotros y están perdiendo también, las grandes economías industrializadas. El consumidor de los países industrializados está pagando más caro sus productos alimenticios y los trabajadores industriales están perdiendo beneficios porque deben subsidiar a otro sector de la economía que, por su eficiencia menor, está absorbiendo grandes fondos de sus tesorerías, a expensas de los contribuyentes en general.* En etapas posteriores, la delegación de Uruguay expresó que no adoptaría una actitud positiva de apoyo al documento final si como mérito éste no contuviera *el compromiso de una reversión en la tendencia al proteccionismo* y al empleo de perniciosos subsidios en el área agrícola.

La reunión de Ministros en Marrakech: la supresión del GATT y la creación de la OMC

127. En abril de 1994 pudo culminarse en Marrakech, más de 7 años de deliberaciones con la aceptación del Acuerdo sobre la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la elaboración de muy importantes decisiones. Una de ellas fue la de establecer el Comité Preparatorio de la OMC para asegurar el inmediato y eficiente funcionamiento de esta nueva institución. Manteniéndose el criterio de la globalidad, se convino que el Acuerdo sobre la OMC sólo podía ser aceptado como un todo. La OMC deberá proveer el marco institucional para la conducción de las relaciones comerciales entre sus miembros en lo relativo a los Acuerdos y a los instrumentos jurídicos asociados (Acuerdos Comerciales Multilaterales), pues facilitará la aplicación, administración y operación a la vez de promover los objetivos del Acuerdo sobre la OMC y los Acuerdos Comerciales Multilaterales y Plurilaterales. Indudablemente se deseaba que se constituyera en el foro para las negociaciones que tuvieran que emprender sus miembros en torno a sus relaciones comerciales multilaterales para las cuestiones de que tratan los Acuerdos anexos y cooperar con el FMI y el BM y sus agencias afiliadas con miras a lograr una mayor coherencia en la conformación de las políticas económicas globales. Los Ministros destacaron la creciente globalización de la economía y sus efectos sobre la interacción de las políticas económicas en los distintos campos.

128. Se aprobaron otros Acuerdos, como el relativo a los obstáculos técnicos al comercio destinado a impedir que se creen trabas comerciales indebidas por la vía de la aplicación de normas referentes a la seguridad, la protección de los consumidores u otros propósitos análogos al incorporarse un Código de Buena Conducta para la elaboración, adopción y aplicación de las normas, la simplificación de las disposiciones sobre consultas y la solución de diferencias. El Acuerdo

relativo al establecimiento de un régimen uniforme y completo para la determinación del valor de las operaciones de mercancías en las aduanas. El Acuerdo sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación, destinado a establecer condiciones de aplicación que impidan que se conviertan en trabas al comercio. El Acuerdo sobre anti-dumping en el que se establece que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación sea menor que el precio comparable en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo del país exportador. Se define el daño resultante y el plazo para la aplicación de ese derecho. El Acuerdo sobre subvenciones, consignándose aquellas que se consideran prohibidas y su determinación.

SECCION QUINTA

CONCLUSIONES

129. La doctrina del Profesor Quintín Alfonsín, como la teoría que la precedió -el neo-territorialismo- pueden ser consideradas como el agua y el fuego, en virtud de lo cual, resultaría imposible, en apariencia, encontrarles un punto de contacto. La primera protegía al Estado y consideraba al derecho internacional privado como solucionando un conflicto de soberanías que llevaba a la sumisión de los particulares en forma preceptiva a sus mandatos y a la consideración de las normas indirectas como el método natural, en base al cual los derechos sustantivos no debían normalmente extravasarse el ámbito del territorio estatal. La segunda en cambio, rechazaba la soberanía absoluta del Estado, y más aún, el fundamento del derecho internacional privado en el derecho estatal. Por el motivo de abolir el exclusivismo y de reconocer a otros ordenamientos jurídicos distintos de los estatales y de afincar a la relación extranacional bajo un derecho producto de la colectividad humana debido a la interdependencia de los hombres, Alfonsín se acerca más a lo sociológico que a lo jurídico y se desdeña el factor político tan presente en el enfoque estatal. El derecho producido por las colectividades humanas -por las sociedades civiles- sólo puede extender su vigencia hasta donde llegue la convicción de su aplicación obligatoria. Tampoco en esta concepción puede concebirse un derecho sustantivo de aplicación exorbitante, unilateral e invasivo.

130. Ambas teorías tan distintas una de otra, tienen sin embargo un punto único de convergencia, el más importante, el fundamental. Las dos consideran -cada una desde su óptica- en el carácter supraordenado y por lo tanto, obligante, del derecho internacional privado. Nuestra disciplina había sido creada y reconocida bajo el axioma de que contenía un conjunto de reglas superiores que

determinaban la aplicación de las demás: la distinción entre lo propio y lo ajeno en Ramírez, y la distinción entre lo general y lo especial en Alfonsín. Para que la superioridad de este derecho fuera genuina, las dos teorías convergieron en la misma conclusión: el universalismo.

Nunca jamás en la doctrina nacional, se ha discutido la posición universalista. Es que las ventajas y el protagonismo que le ha deparado a nuestro país esta postura, resaltan por sí solas. Ha sido también un escudo protector, una coraza que le ha posibilitado superar el *handicap* de su pequeñez geográfica y de su débil potencialidad económica.

En el período más reciente, que hemos tomado para nuestro análisis -la década comprendida entre los años 1985 a 1995- no se ha hecho sino continuar - en otro campo, lo sustentado desde hace más de 100 años, mediante la defensa del multilateralismo, de la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y en el rechazo a aplicar subterfugios como medio de eludir los ajustes estructurales.

131. El pluralismo metodológico parece haber sido admitido sin mayores reservas por la doctrina nacional. La admisión de varios métodos sin embargo no debería implicar reconocer como tales a todas las técnicas de regulación de la relación privada extranacional. En realidad, los métodos son dos: la regla de conflicto de leyes y de jurisdicciones -regla material indirecta- y la regla sustantiva o uniforme. Ambas tienden a respetar la internacionalidad del supuesto, y piensan en una comunidad de principios aunque reconocen que el carácter variable de esta internacionalidad puede llevar a optar por uno u otro. Actualmente hemos reconocido que el mundo jurídico no se divide entre sistemas conflictualistas y sistemas que no lo son, cada sistema contiene ya las dos clases de normas y numerosas Convenciones de la C.I.D.I.P lo atestiguan claramente. El sistema civilista actual entonces, no podría acomodarse exclusivamente a uno u otro método. Sería hoy un error no aceptar el eclecticismo aunque marcando los límites de actuación de cada opción metodológica.

132. Esta conclusión nos lleva a formular un último análisis acerca de las denominadas normas imperativas -para el derecho positivo- o de aplicación inmediata o necesaria -para la doctrina- y su ubicación en el contexto teórico. Las Convenciones tanto de Roma como de México parecen, reconocer que ha muerto aquél sistema que postulaba como un bien común a las relaciones extrnacionales el de un reparto objetivo de competencias: que cada ley regule a las relaciones que caigan naturalmente bajo su imperio según su localización. En la Convención de México, más específicamente, se entrecruzan con fuerza corrientes que parten de presupuestos muy distintos: la tendencia a la internacionalidad más radical con el sustancialismo de los *lexmercatoristas* (artículos 9 y 10) con la voluntad de una

nacionalización no menos radical de las relaciones privadas extranacionales por medio del reconocimiento de una irrestricta libertad a los Estados para hacer prevalecer su derecho interno (artículo 11), paradójicamente en una Convención que había logrado definir la internacionalidad del contrato. En este triángulo conformado por las partes contratantes, los Estados y la *societas mercatorum* resulta fácil comprobar que las leyes imperativas internas (sobre las que no se hace ninguna distinción) de cada Estado Parte tendrá una prevalencia sin discusiones, transformando al propio derecho internacional privado en un derecho de la coyuntura. Esta nueva regulación nos coloca en un cruce de caminos con opciones tan importantes como las que tuvo que asumir Gonzalo Ramírez ante la consumación del Congreso de Lima de 1878.

133. Tampoco habíamos leído en nuestra doctrina, afirmaciones como las efectuadas por Ferry en un reciente libro de su pluma, en el que afirma que para aplicar o no a las leyes extranjeras *propio vigore* había que observar los lazos de amistad que el Estado que dictó la ley guarda con el foro, o investigar que ambos Estados persigan iguales objetivos políticos, o rechazar aquellas leyes que ataquen los intereses de los compatriotas o que provengan de países con los cuales se estime que el foro no debe cooperar, argumentos todos sumamente preocupantes para aquellos que hemos sido influenciados por la frase de Dreyfus de que las normas de derecho internacional privado jamás han motivado el fruncimiento de cejas de algún diplomático. Rechazar el método de las leyes de aplicación inmediata -por su inconsistencia teórica que le ha impedido pararse por sí mismo- no simplifica negar el fenómeno que ha veces se produce y en el que se rompe momentáneamente la racionalidad del sistema. Pero debe ser considerado como algo transitorio, y la necesidad de regir a la relación por normas de derecho interno que exorbitan su aplicación natural debe realizarse dentro de límites estrictamente demarcados que implique un uso muy específico, de carácter excepcional, y por el período de tiempo indispensable.

134. La Convención de México no ha realizado la más mínima restricción en ese sentido. El artículo 11 sólo identifica a las leyes imperativas de aquellos Estados que el juez puede llegar a considerar con posibilidades de aplicación *propio vigore* (las que tengan vínculos estrechos), pero no acerca ningún concepto sobre cómo son esas leyes para que efectivamente sean tomadas en consideración, respecto de qué contratos, en qué oportunidades, bajo qué parámetros. La ausencia de criterios es tal, que conspira incluso sobre la propia vigencia de las soluciones convencionales.

135. El poder concedido a los jueces también nos mueve a preocupación. Este aparece como el dueño total de la situación. Ello no debe resignarnos a la arbitrariedad y a la inseguridad jurídicas. El régimen instaurado en el artículo 11

es también una carta blanca al *forum shopping*. En el número 1 de la Revista Uruguay de Derecho Internacional Privado se ha señalado que no debe confundirse la materia de las normas sobre la ley aplicable de aquella que determina la jurisdicción competente, afirmación en la que siempre se ha estado de acuerdo. No obstante dicha premisa básica debe ser acompañada del reconocimiento de una indudable fuerza de mutua atracción entre ambos fenómenos, que va variando de categoría a categoría⁽⁴⁹⁾. ¿Esta relación de fuerza, conducirá a establecer puntos de conexión preceptivos e inderogables en el ámbito interamericano para las bases de jurisdicción directa con el objetivo de evitar las consecuencias indeseadas del *forum shopping*?

La búsqueda de la voluntad de las leyes de aplicación inmediata no resuena del mismo modo en los países del *common law* y en los países civilistas -como hemos visto- puesto que en los primeros el juez hace la ley. Admitirlas latamente podría hacernos caer en aquella dicotomía -esta vez de signo inverso- expuesta por Cavers que justificaba la existencia de reglas de conflicto rígidas, abstractas y generales dentro de un sistema judicial debido a que Story, huérfano de soluciones internas para resolver los casos iusprivatistas, debió recurrir a los autores de la doctrina holandesa⁽⁵⁰⁾. Tradicionalmente en los países de derecho codificado el juez ha sido aquél que ha llevado al plano concreto las normas generales y abstractas dictadas por el legislador. El binomio legislador-juez ha sido la representación corriente en el ámbito del derecho. La situación en estudio incorpora una nueva visión en la que los jueces se convierten en ejecutores de las políticas de los Gobiernos de turno de los Estados. Esta nueva alianza o forma de cooperación entre Poderes Ejecutivos y jueces- para aquellos sistemas democráticos en los que la jurisprudencia no tiene un rol muy destacado- aparece en estos momentos como muy difícil de calibrar.

136. Suponiendo que fuere posible la tarea del acotamiento del fenómeno de las leyes de policía, la posibilidad para llevarla a cabo deberá hacerse por dos vías. La primera, hace indispensable los criterios de restricción y su limitación en el tiempo y en el espacio. Sería necesario ver si en tal caso, no nos estaríamos acercando y solapando peligrosamente a la noción de orden público internacional según las pautas proporcionadas por la Delegación de Uruguay en el momento de suscribir la *Convención Interamericana sobre Normas Generales*⁽⁵¹⁾. La segunda puede llevar a reconocer la falta de originalidad de las reglas de aplicación inmediata y a aceptar como mecanismo válido únicamente la utilización de la excepción de orden público internacional evitando el doble discurso.

⁽⁴⁹⁾ El tema ha sido estudiado muy adecuadamente por Julio D. González Campos en su artículo *las relaciones entre forum y ius en el derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema*. Anuario de Derecho Internacional. IV. 1977-78 EUNSA. Facultad de Derecho de Navarra.

⁽⁵⁰⁾ Cavers, David. *A critique of the choice of law problem*. Harvard Law Review. 1933. p. 173 y en Selected Readings. p. 124.

137. La toma de posición producirá consecuencias sobre dos niveles.

1º. *En el derecho interno, sobre un proyecto de ley de derecho internacional privado.* Nos parece claro que las leyes de policía no pueden ser reconocidas como si constituyeran un principio más o un concepto general ubicado en igual jerarquía que las otras soluciones. Un enfoque de esta naturaleza dejaría al derecho internacional privado a la disposición de la voluntad caprichosa de los jueces. No obstante, habría que admitirla para casos concretos, cuando el entorno sociológico así lo justifique y con las limitaciones expresas que corresponda a la categoría regulada.

2º. *En el derecho convencional, sobre la Convención México de 1994.* Respecto de la mencionada Convención nos parece prudente aplazar la consideración de su ratificación hasta que no se apruebe una nueva ley de derecho internacional privado. El efecto distorsivo que llegaría a provocar sobre nuestro sistema jurídico tal cual rige hoy, sería tan serio como el provocado por la ratificación de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*, formulada sin las debidas reservas y aclaraciones.

138. En base a lo expuesto, en lo personal consideramos que la Convención México no debería ser ratificada por nuestro país sino que debería propiciarse su reformulación. Varios son los motivos que nos llevan a esta posición. El primero, es el hecho de que la solución que recoge -que es la de Roma- sólo ha sido aceptada por un reducido número de países poderosos que se encuentran recorriendo un proceso de integración económica, más Suiza, según las más recientes obras relativas a la codificación internacional a las que hemos podido acceder⁽⁵²⁾. La ratificación por los países americanos implicaría transformar en solución universal algo que sólo tiene un origen regional.

El segundo, de que el reconocimiento de las leyes de policía en una forma irrestricta como lo hace la Convención -aunque posiblemente reconocidas en tal

(51) Sperdutti señala que el esfuerzo vale la pena. Se hace necesario un proceso histórico muy complejo de elaboración científica. A propósito de ese proceso, hay que recordar -según él- que en el siglo pasado se hablaba mucho de las leyes de orden público aún cuando la expresión parecía adolecer de una "obscuridad desesperante". Esas vicisitudes de la categoría jurídica no deben sorprender. Se trata de un tema de la teoría del derecho internacional privado que Savigny consideraba "posiblemente como la más difícil en toda esta teoría". Sperdutti Giuseppe. *Les lois d'application nécessaire...* op. cit. p. 261.

(52) Vassilakakis, Evangelos. *Orientations méthodologiques dans les codifications récents du droit international privé en Europe.* Paris. 1987. Oberveck, Alfred von. *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récentes.* Recueil de Cours. 1982. p. 11. Rigaux, François. La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie. *Revue Critique.* 1985. p. 1.

forma para equilibrar la admisión de una voluntad igualmente sin límites- en realidad hiere de muerte a otro valor mayor que es al propio derecho internacional privado tal como lo hemos concebido: universal y supraordenado.

En tercer lugar, porque la fórmula comunitaria parece haber ya envejecido. Ella nació en la década de los años 70, en plena crisis económica y de Guerra Fría, y la solución recogida no sólo no se compadece con la situación actual sino que entra en clara contradicción con los trabajos cumplidos en la Ronda Uruguay que culminó en la creación de la Organización Mundial del Comercio en sustitución del GATT y a la que es posible augurarle provechosos resultados. Durante todo este proceso, nuestro país defendió la transparencia en las relaciones comerciales internacionales en todo momento.

En cuarto término, no corresponde hacerlo porque iría contra la búsqueda y el establecimiento de principios comunes a la comunidad interamericana, consagrados en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en el Código Bustamente de 1928 y en todas las C.I.D.I.P. menos en ésta. Ello no significa en modo alguno, atacar a las Conferencias Interamericanas como mecanismo para la codificación regional. Nunca lo hemos hecho ni lo haremos porque hemos demostrado largamente en numerosos artículos, sus aspectos benéficos. ¿Pero si lo admitimos en este campo de los contratos comerciales internacionales -ya de por sí tan vasto y gravitante para nuestra disciplina- qué impediría seguirlo proclamando con igual latitud en el resto de las áreas del derecho internacional privado?. Significaría reducir a nuestra rama -y no sólo al método de los conflictos de leyes- a una porción congrua.

En quinto lugar, su ratificación atacaría a principios ya reconocidos a lo largo de estos últimos 20 años por la codificación regional. Primeramente, llevaría a un ataque al monismo internacional reconocido en el artículo 1º de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales*. Segundo, a la igualdad de tratamiento de las leyes. Tercero, a la igualdad de las personas ante la ley. La admisión de estos dos últimos, han sido pilares claves para la integración de la sociedad uruguaya en su momento tan heterogénea. Cuarto, en varios sistemas se encuentra unida a aquella concepción que considera que la voluntad de aplicación de las leyes extranjeras debe ser aportada por las partes, afectando así la aplicación de oficio del derecho extranjero. Quinto, afecta igualmente su relacionamiento con el orden público internacional. Si bien la Convención México reconoce a ambos fenómenos como institutos diferenciados (regulados en los artículos 11 y 18) no explicita los criterios para distinguirlos en el ámbito interamericano. En nuestro ordenamiento jurídico, tenemos perfectamente identificada a la excepción pero no a las leyes de policía y su indeterminación vuelve ineficaz la labor de rigorización ya realizada.

Por último, todo lleva a pensar que la protección de las políticas nacionales no debería pretender realizarse exclusivamente en el ámbito reservado al derecho internacional privado. Correspondería más bien al trabajo diplomático o al de otras disciplinas como el derecho comunitario, en donde se defiende el multilateralismo y se pacte políticamente la posibilidad de un apartamiento momentáneo de las reglas que rigen al comercio internacional.

Debemos propiciar reglas regionales claras, flexibles que permitan una autonomía de la voluntad acotada, sometida al derecho objetivo y justificadora de sus elecciones y un orden público que obre como excepción dentro del derecho internacional privado. Una vez más luego de 60 años, corresponde admitir ambos principios antagónicos buscando su compatibilización, a la que sólo podrá accederse ubicando al derecho internacional privado por encima del orden público, al cual le marcará sus límites. Esa tarea en el campo interamericano de los contratos aun está por hacerse.

