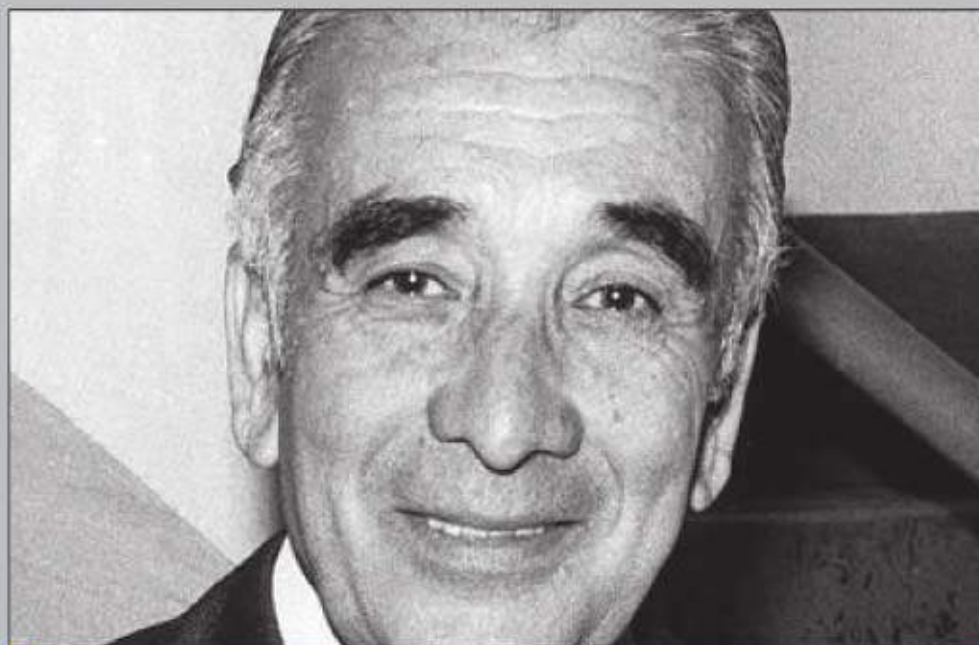


El Derecho Internacional

en tiempos de globalización **tomo I**



Coordinador: Carlos Eduardo Febres Fajardo



PUBLICACIONES
VICERRECTORADO ACADÉMICO

[

El Derecho Internacional

en tiempos de globalización

*Libro
homenaje*

a Carlos Febres Pobeda

]

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
Autoridades Universitarias

Rector

Léster Rodríguez Herrera

Vicerrector Académico

Humberto Ruiz Calderón

Vicerrector Administrativo

Mario Bonucci Rossini

Secretaria

Nancy Rivas de Prado

PUBLICACIONES
VICERRECTORADO
ACADÉMICO

Director

Humberto Ruiz Calderón

Coordinación editorial

Luis Ricardo Dávila

Asistencia editorial

Yelliza A. García A.

Consejo editorial

Tomás Bandes

Asdrúbal Baptista

Rafael Cartay

Mariano Nava

Stella Serrano

Gregory Zambrano

COLECCIÓN

Ciencias Sociales y Humanidades

Comité editorial

Oscar Aguilera

Leonor Alonso

Daniel Anido

Luis Javier Hernández

Rocco Mangieri

Christopher Birkbeck

Los trabajos publicados
en la Colección Ciencias Sociales
y Humanidades han sido
rigurosamente seleccionados
y arbitrados por especialistas
en las diferentes disciplinas.

COLECCIÓN

Ciencias Sociales
y Humanidades

Publicaciones
del Vicerrectorado
Académico

**El Derecho Internacional
en tiempos de globalización
Tomo I: El derecho
Internacional Privado**

Primera edición, 2005

© Universidad de Los Andes
Vicerrectorado Académico

© Carlos Eduardo Febres Fajardo
Jorge Albornoz Oliver
Pedro Apolinar Rojas
Francisco Eudes Mujica B.

- *Corrección:*
Marina Olivera
- *Concepto de colección y diseño:*
Kataliñ Alava
- *Fotografía de portada:*
Archivo *El Nacional*
- *Impresión:*
Editorial Venezolana C. A.

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY
Depósito Legal: LF237200534055.A

ISBN: 980-11-0927-0

ISBN: 980-11-0928-9

Derechos reservados.
Prohibida la reproducción total
o parcial de esta obra sin la
autorización escrita del autor

Universidad de Los Andes
Av. 3 Independencia
Edificio Central del Rectorado
Mérida, Venezuela
viceacad@ula.ve
<http://viceacademico.ula.ve>

Impreso en Venezuela
Printed in Venezuela

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
Autoridades Universitarias

- *Rector*
Mario Bonucci Rossini
- *Vicerrectora Académica*
Patricia Rosenzweig
- *Vicerrector Administrativo*
Manuel Aranguren Rincón
- *Secretario*
José María Andrés

PUBLICACIONES
VICERRECTORADO
ACADÉMICO

- *Dirección editorial*
Patricia Rosenzweig
- *Coordinación editorial*
Victor García
- *Coordinación del Consejo editorial*
Roberto Donoso
- *Consejo editorial*
Rosa Amelia Asuaje
Pedro Rivas
Rosalba Linares
Carlos Baptista
Tomasz Suárez Litvin
Ricardo Rafael Contreras
- *Producción editorial*
Yelliza García A.
- *Producción libro electrónico*
Miguel Rodríguez

Primera edición digital 2011

Hecho el depósito de ley

Universidad de Los Andes
Av. 3 Independencia
Edificio Central del Rectorado
Mérida, Venezuela
publicacionesva@ula.ve
publicacionesva@gmail.com
www2.ula.ve/publicacionesacademico

Los trabajos publicados en esta Colección han sido rigurosamente seleccionados y arbitrados por especialistas en las diferentes disciplinas

El Derecho Internacional

en tiempos de globalización

Tom o ①

El Derecho Internacional Privado

Carlos Eduardo Febres Fajardo (*coordinador*)

Jorge Albornoz Oliver

Pedro Apolinar Rojas

Francisco Eudes Mujica B.

Este esfuerzo colectivo de creación intelectual sobre diversos temas de **Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado en homenaje al profesor Carlos Febres Pobeda**, recogen con seguridad cientos de cariños, afectos, satisfacciones y agradecimientos, para con quien formó generaciones de profesionales y docentes universitarios, y nos permitió crecer con sus enseñanzas y testimonios, en el derecho de la justicia, y en los valores trascendentes del hombre, como lo son su libertad, honradez y lealtad.

Este Libro Homenaje al Dr. Carlos Febres Pobeda es de una justicia indiscutible. Su vida se ha caracterizado por su inclinación al servicio público, en el más auténtico de los sentidos. Servidor público como político, como ambientalista, como intelectual y, desde luego, como académico y docente. Ha dejado huellas imperecederas en todos los caminos recorridos, maestro de incontables generaciones de abogados y preceptor fecundo en el campo del quehacer político y social.

En el ámbito universitario se desempeñó principalmente en las cátedras de Derecho Internacional Privado y de Medicina Legal, también de Sociología General y de Derecho Internacional Público, todas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes (Mérida, Venezuela). A la par, realizó cursos de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires y en la Complutense de Madrid y Medicina Legal en las Universidades de Bolonia y Roma. Todo ello lo dotó de una trayectoria densa y variada en el mundo académico.

Su labor intelectual ha sido reconocida internacionalmente. Es miembro de número de la Sociedad Bolivariana del Ecuador; profesor honorario de la Universidad de Quito; miembro honorario de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad de Madrid; miembro del Pan American Institute of Comparative Law, Coral Gables, Florida, USA; miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y miembro honorario y presidente de dos congresos del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Es, además, miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales

de Venezuela; individuo de número mere del Centro de Historia del Estado Mérida y miembro de la Academia de Mérida.

En el campo del Derecho Internacional Privado ha contribuido con un significativo número de artículos, publicados en revistas nacionales y extranjeras, de monografías, así como de varios libros, algunos de los cuales han sido objeto de varias reediciones.

El intelectual homenajeado ha sido un escritor prolijo y denso. Posee una nutrida cantidad de publicaciones de otra índole, pues sus inquietudes intelectuales abarcan variadas áreas del pensamiento, desde asuntos ambientales y políticos, hasta de poesía, donde ha desarrollado una obra consistente; es, pues, en pocas palabras, un intelectual y un educador insigne.

La decidida vocación académica, docente y jurídica del maestro Carlos Febres Pobeda, su especial inclinación por el Derecho Internacional Privado, a lo largo de su carrera profesoral, inspiró el contenido de este libro homenaje escrito por docentes e investigadores de obra consagrada en el país, por sus amigos del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), y por discípulos egresados de la Ilustre Universidad de Los Andes, quienes también abrevaron de su sabiduría como profesor y como ciudadano de probidad y honradez a toda prueba.

Hoy, con la generosa colaboración de la Universidad de Los Andes, a la que le sirvió por más de cincuenta años, como docente y autoridad, y en particular la del Vicerrector Académico, Dr. Humberto Ruiz, presentamos este testimonio perenne de agradecimiento para contribuir a que en el tiempo perdure la huella indeleble del hombre sencillo y justo que es Carlos Febres Pobeda.

El contenido temático de este libro se divide en dos grandes áreas: Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público. En ambas áreas contamos con un conjunto de valiosos trabajos:

Derecho Internacional Privado

Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina, elaborado por el Dr. Moisés Troconis Villarreal, profesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela), ex magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y actual Magistrado-Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual le da una autoridad especial para hablar del tema. En esta investigación se hace un importante y didáctico recorrido en todo lo que concierne a la creación, funcionamiento y ámbito de competencia del Tribunal Andino de Justicia.

La unificación del Derecho Comercial Internacional, del Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, profesor de la Universidad de Granada (España) y de las universidades de San Petersburgo (Rusia), de Angers (Paris II, Francia) y de La Habana, Cuba. Allí se estudia el alcance de la unificación internacional del Derecho Comercial Internacional, bajo la particular e interesante perspectiva del actual fenómeno de la globalización.

La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia Argentina, elaborado por la Dra. Amalia Uriondo de Martinoli, profesora de las universidades de Córdoba y Empresarial Siglo XXI (Argentina). Se da una mirada general sobre la cooperación entre los Estados respecto a la realización y ejecución de ciertos actos procesales, los que normalmente, tienden a estar investidos de una rígida naturaleza territorial, destacándose el carácter excepcional del orden público en esta materia.

En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado, redactado por el Dr. Eugenio Hernández-Breton, acucioso investigador y escritor prolijo, profesor de las universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Montevila (Venezuela). Se analiza el importante y difícil tema de las Calificaciones en Derecho Internacional Privado, analizando las distintas posturas doctrinales y el denso manejo normativo que existe a nivel internacional, resaltando la solución dada por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del segundo centenario, del Dr. José Carlos Fernández Rozas, catedrático y Vicedecano de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (España) y árbitro internacional en la CCI, CIADI y Corte Española de Arbitraje. El texto expresa cómo el denominado Movimiento codificador va a incorporar una obsesión por la sistemática que traer consecuencias sin precedentes. El producto más acabado de

este movimiento es el Código Civil Francés de 1804, usualmente denominado Código Napoleónico. En América Latina, se convirtió en el modelo más significativo para las nacientes repúblicas, ya que era percibido como el símbolo de certeza y plenitud. Su influencia no se vio afectada por la caída del Imperio Napoleónico.

Consideraciones críticas sobre algunos temas de Derecho Internacional Privado, del Dr. José Roberto Franco Da Fonseca, catedrático de la Universidad Sao Paulo (Brasil) y de la Universidad Moderna de Lisboa (Portugal), miembro brasileño del colegio de árbitros de MERCOSUR, hace un análisis general y técnico sobre algunos temas esenciales de Derecho Internacional Privado, a partir de presupuestos metodológicos y iusfilosóficos. Remarca las diferencias entre las tradicionales reglas o normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas que solucionan de modo directo e inmediato el problema planteado. Se hace un desarrollo bajo la luz de la dogmática jurídica, de la política jurídica y desde el ángulo sociológico histórico-jurídico. En particular, se estudia la teoría del Reenvío, la teoría de la Cuestión Previa y los valores propios de la regla de Derecho Internacional Privado.

Aplicación Práctica de los Principios de UNIDROIT en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado, de la Dra. Tatiana B. Maekelt, profesora de la Universidad Central de Venezuela, ex Subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la OEA y miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. En su contribución trabaja sobre la aplicación del *soft law* en el área de la contratación internacional, haciendo énfasis en la *Lex Mercatoria* a la luz de los principios de UNIDROIT y desarrolla los antecedentes históricos del UNIDROIT y de sus principios y el ámbito de aplicación de los mismos y sus funciones, con especial referencia al Derecho venezolano.

Derecho Internacional Público

Algunas consideraciones sobre la historia de las relaciones del Perú con la Santa Sede, del Dr. Juan José Ruda Santolaria, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú nos introduce en la temática relativa a los aspectos básicos sobre la personalidad jurídica internacional de la Iglesia Católica y la actuación de la Santa Sede a nombre de ésta, poniendo especial énfasis en los inicios del siglo XIX y el reconocimiento de la independencia peruana.

Hacia una nueva talasopolítica en el Atlántico Sur. El mar presencial Argentino, las islas atlánticas usurpadas por Gran Bretaña y un futuro mar presencial del MERCOSUR y de toda América, escrita por el Dr. Alfredo H. Rizzo Román, profesor de las universidades: Nacional de La Matanza (UNLM), Morón, del Salvador y de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, miembro de número de la Academia Argentina de Asuntos Internacionales y de Medicina Forense, nos ilustra con un trabajo vinculado con una clara y legítima aspiración y reivindicación para los países latinoamericanos referida al reconocimiento de un futuro mar presencial no sólo del MERCOSUR sino de toda América, asumiendo como fundamento el derecho de los estados al aprovechamiento de los recursos pesqueros.

Sistema político institucional del MERCOSUR, a cargo de la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, profesora de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), dedica su colaboración a explicarnos el complejo marco jurídico-político-institucional del MERCOSUR. Se hace un recuento de las negociaciones iniciales entre Argentina y Brasil y del Tratado de La Asunción. También se hace una reflexión política-institucional sobre el proceso futuro y se analizan en detalle los instrumentos jurídicos iniciales y vigentes.

El principio de distinción en el Derecho Internacional Humanitario de los combatientes y las personas civiles, de la Dra. Hortensia D.T. Gutiérrez Posse, catedrática de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), desarrolla su aporte jurídico en un tema nunca agotado, como es el de los conflictos armados, sus límites, el propósito fundamental del Derecho Internacional Humanitario, la protección de las víctimas, la razón de ser de la vigencia de esos principios y normas, hoy más que nunca, frente a la que pareciera ser la fatalidad de los conflictos armados que han enfrentado a las naciones.

Acción e inacción del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, elaborado por el Dr. Valentín Bou Franch, profesor de la Universidad de Valencia (España), nos plantea una serie de reflexiones y críticas al sistema de Naciones Unidas, a sus principios y normas en relación al mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

La protección del medio ambiente en el MERCOSUR. Realizaciones y problemas pendientes, del Dr. Ernesto J. Rey Caro, profesor de la Universidad de Córdoba (Argentina), nos introduce en la normativa que en materia de protección de medio ambiente han adoptado los Estados partes del MERCOSUR. El trabajo contiene comentarios en relación a previsiones en materia de emergencias ambientales y se reflexiona acerca de la lentitud con la que los órganos legislativos ponen en vigor los instrumentos adoptados.

Principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa. El principio de precaución, de la Dra. Zlata Drnas de Clement, catedrática de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), desarrolla los principios generales del Derecho Internacional Ambiental como fuente normativa, haciendo particular énfasis en el principio de la Precaución, el que según su afirmación se torna cada vez más necesario frente a la vulnerabilidad del ambiente.

A doctrina Bush das guerras preventivas e o sistema das Nações Unidas, del Dr. Fredys Orlando Sorto, profesor de la Universidad Federal de Paraíba (Brasil), reflexiona y plantea críticas a la denominada Doctrina Bush, sobre la guerra preventiva y contrasta cómo se vulneran los principios y normas de la Carta de las Naciones Unidas cuando unilateralmente se emplea la fuerza blica en las relaciones internacionales.

La protección del medio ambiente en el ámbito internacional, del Dr. José Juste Ruiz, catedrático de la Universidad de Valencia (España), nos aporta sus valiosos conocimientos sobre la temática ambiental y la protección del ambiente en el ámbito internacional; temas por demás de palpitante actualidad, dados los desequilibrios que sufre el planeta. También, se desarrolla la evolución histórica de ese largo proceso dirigido a normar jurídicamente la protección del medio ambiente.

La doctrina del Derecho Internacional en América Latina antes de la primera conferencia Panamericana (Washington, 1889), del Dr. Hector Gros Espiell, profesor de la Universidad de Montevideo (Uruguay) y Ex Magis-

trado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un tema que nunca dejar de tener actualidad como lo es el proceso de construcci n doctrinaria del Derecho Internacional en Am rica Latina, con su significativo legado al Derecho Internacional Universal. Se analizan los aportes de los internacionalistas latinoamericanos en esta construcci n y su singularidad.

Nuevo enfoque de las relaciones colombo-venezolanas. Perspectivas a la soluci n del diferendo marítimo en el marco del Derecho Internacional y el contexto global de negociaci n, de los profesores Francisco Eudes Mujica B. y Pedro O. Apolinar Rojas, de la Universidad de Los Andes (Venezuela), es un tema vinculado con el nuevo enfoque en la relaciones colombo-venezolanas en el marco del Derecho Internacional y el llamado contexto global de negociaci n, tem tica sta, que enfocan a lo largo de los ltimos cuarenta a os, desde finales de la d cada de los 60 del pasado siglo hasta los primeros cinco a os del presente, haciendo especial menci n, a la amplia y compleja agenda bilateral entre ambos pa ses.

Reflexiones en torno a los "espacios geogr ficos" consagrados en Constituci n venezolana de 1999, del Dr. Adolfo P. Salgueiro, profesor de la Universidad Cat lica Andr s Bello (Venezuela), nos ofrece sus reflexiones en torno a los espacios geogr ficos consagrados en la nueva Constituci n venezolana de 1999, el contenido de su aporte se concreta a hacer un exhaustivo an lisis de las disposiciones constitucionales de los art culos 10 y 11 los cuales incluyeron algunas modificaciones con respecto a la constituci n de 1961. Estas modificaciones tienen como prop sito ampliar los espacios soberanos de la Rep blica, pero no se debe olvidar la colaboraci n de todos los pa ses para preservar la paz.

Pueden Las Cortes Internacionales "Crear" Derecho? Dos Casos Puntuales, del Dr. Rafael Nieto Navia, Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos presenta con el examen de dos casos puntuales, c mo, dos tribunales internacionales han excedido las atribuciones que los Estados directa o indirectamente les confirieron; no siendo casos excepcionales, ya que se pueden hallar otros ejemplos similares. Cuestiona el autor la tendencia y el riesgo que se corre si decisiones no vinculantes de naturaleza pol tica, pretenden convertirse en Derecho, sin raz n o fundamento alguno.

La reclamaci n sobre el territorio Esequibo y la Plataforma Deltana, de la Dra. Isabel Bacalao R mer, ex-profesora de la Universidad Central de Venezuela y ex-asesora de los Ministerios del Ambiente y Relaciones Exteriores de Venezuela, plantea las implicaciones geopol ticas de la pre-

sencia de enormes cantidades de recursos de hidrocarburos y gasíferos existentes en el área de estudio, que al ser otorgadas concesiones por Venezuela en el sector del delta y por Guyana en el territorio Esequibo, ha vuelto a poner en la actualidad y vigencia la reclamación venezolana sobre dicho territorio y lo que eventualmente pudiese ser una solución práctica a la controversia.

Derecho y ética ambiental y laboral en la era de la mundialización, del Dr. Francisco Iturraspe, profesor de la Universidad Central de Venezuela. Analiza los derechos de tercera generación que exigen una acción de la comunidad internacional, tanto en el plano de la normativa como de la militancia de los movimientos sociales. La base de una política nacional coherente en materia ambiental y laboral exige asignarles a los actores colectivos, en especial a las organizaciones de los empleadores y trabajadores y a los nuevos movimientos sociales, un papel primordial en el diseño, en la elección de las prioridades, en la ejecución y evaluación de esa política. Esta es la base del desarrollo de un Derecho Ambiental Laboral capaz de contribuir al respeto por el equilibrio ecológico y humano, a la reconciliación entre naturaleza y desarrollo, al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y a la conformación de un modelo democrático de relaciones de trabajo y de gestión.

El concepto de "minoría religiosa" en el ordenamiento jurídico Español, del Dr. Carlos Jiménez Piernas, catedrático y Director del Master sobre Protección de los Derechos Humanos y del profesor Björn Arp, ambos de la Universidad de Alcalá (Madrid-España). Estos autores desarrollan un tema siempre controversial en cualquier sociedad moderna, el referido al tratamiento de las minorías religiosas, específicamente en el ordenamiento jurídico español. Antes de introducirse en lo sustantivo del tema, hacen una relación de las fases por las que el principio de libertad religiosa ha pasado en el ordenamiento jurídico español, hasta su definitiva y más amplia consagración en la Constitución de 1978. Por último, proponen de *lege ferenda* una definición de minoría religiosa, la cual es válida para el ordenamiento jurídico español, pero inspirada en los principios del Derecho Internacional, los cuales, se deja bien claro, son respetados por el Derecho español.

La variedad de los temas tratados reitera la actualidad del Derecho Internacional. En esta época de globalización la exigencia de una formalización de las reglas y acuerdos es imprescindible para el ejercicio público y privado de los derechos. Todos los Trabajos que conforman este

libro homenaje fueron colaboraciones expresamente entregadas por sus autores como contribución al homenaje que internacionalistas de diversos países conjugaron su actividad intelectual para brindar un homenaje al Maestro Carlos Febres Pobeda.

En manos de los profesores de Derecho Internacional Público y Privado, de los estudiantes de estas asignaturas, de las diversas universidades donde dictan ctedra los autores de este libro y de los profesionales del Derecho, de las relaciones internacionales y de la economía internacional, dejamos la evaluación de los aportes y significado de esta obra colectiva.

Jorge Albornoz Oliver

Pedro Apolinar Rojas

Francisco Eudes Mujica B.

Mérida, mayo de 2005



Derecho Internacional Privado

| Moisés Troconis Villarreal

| Sixto Sánchez Lorenzo

| Amalia Uriondo de Martinoli

| Eugenio Hernández-Bretón

| José Carlos Fernández Rozas

| José Roberto Franco Da Fonseca

| Tatiana B. Maekelt



Derecho Internacional Privado

Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la Comunidad Andina

Moisés Troconis Villarreal

I | Los inicios

1. El Acuerdo de Integración Subregional, denominado oficialmente Acuerdo de Cartagena, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969, y en vigencia, para Colombia, Chile y Perú, desde el 16 de octubre del mismo año, establece que, de suscitarse discrepancias en la interpretación o en la ejecución del Acuerdo, o de las Decisiones de la Comisión, corresponden a esta llevar a cabo los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación y conciliación que fueren necesarios; y que, de no resolverse por estas vías la discrepancia, los Países Miembros deben sujetarse a los procedimientos previstos en el Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito en Asunción, Paraguay, el 2 de septiembre de 1967 (artículo 23).

2. La Comisión, órgano máximo del Acuerdo, en el Reglamento que aprobara en su Primer Período de Sesiones Ordinarias, del 21 al 25 de octubre de 1969, a través de la Decisión N° 6,¹ precisa que los países afectados por la discrepancia deben buscar su solución a través de negociaciones directas. De no alcanzarse la solución, o de ser esta parcial, la Comisión debe interponer sus buenos oficios. De ser insuficientes los buenos oficios, debe ejercer su mediación y proponer fórmulas de avenimiento.

¹ Junta del Acuerdo de Cartagena, *Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena*. Decisiones 1-90, tomo I, Lima, Editorial Universo, 1982, pp. 14-15.

De ser infructuosa la mediación, deba designar un comité de conciliación para investigar los hechos, escuchar a las partes y emitir un Informe con propuestas de solución. Y de fracasar la conciliación, los países en conflicto deban recurrir al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el citado Protocolo para la Solución de Controversias, suscrito el 2 de septiembre de 1967, y pendiente para entonces de ratificación.

3. El Acuerdo prevea, entre los mecanismos para alcanzar sus objetivos de integración económica y desarrollo, el establecimiento de un Programa de Liberación y la fijación de un Arancel Externo Común, cuya etapa previa sea la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común (artículo 3, literales c y d). El Programa de Liberación, automático e irrevocable, pretenda la eliminación de los gravámenes y de las restricciones de todo orden que incidieran sobre la importación de la universalidad de los productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (artículos 41 y 45). Las restricciones deban haber sido eliminadas, salvo excepciones, a más tardar el 31 de diciembre de 1970 (artículo 46). Y la desgravación arancelaria deba alcanzarse, en su totalidad y salvo excepciones, a más tardar el 31 de diciembre de 1983 (artículo 45). Además, los Países Miembros se comprometan a poner en aplicación un Arancel Externo Común, a más tardar el 31 de diciembre de 1983.

4. Sin embargo, la práctica revela la falta de cumplimiento, por parte de los Países Miembros, de las obligaciones derivadas del Programa de Liberación y del Arancel Externo Mínimo Común, o del Arancel Externo Común. Según el exMagistrado Fernando Uribe Restrepo² en los inicios del proceso, un explicable afán de acelerar la integración al mismo, un exceso de optimismo en relación con las posibilidades reales y, sobre todo, el imprevisto y dramático deterioro en las condiciones económicas de la sub-región en la década de los 70, hicieron que los compromisos iniciales —especialmente en cuanto al señalamiento de plazos para las distintas etapas de la integración— resultaran de imposible cumplimiento [] Los compromisos integracionistas, en virtud de las especiales circunstancias, carecieron así desde un principio de firmeza, consistencia y estabili-

² Uribe Restrepo, Fernando, *El Tribunal Andino y la Solución de Controversias*, en *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria 1992*, Quito, Impresal, 1993, p. 235.

dad. Tanto es así que las mismas obligaciones básicas concretas, pactadas en el Acuerdo de Cartagena, han debido ser modificadas a lo largo del proceso por una serie de Protocolos. En efecto, los Protocolos suscritos en Lima (1976) y Arequipa (1978) tuvieron por objetivo básico la ampliación, en general, de los plazos de cumplimiento de los compromisos iniciales.

5. Los incumplimientos, calificados como sistemáticos y recurrentes por Uribe Restrepo³, dieron lugar a controversias que debían ser tratadas y resueltas a través de la serie de procedimientos previstos en el Acuerdo. A su juicio, "...estos sistemas indirectos y condicionados [se refiere a los procedimientos de negociación, buenos oficios, mediación, conciliación y arbitraje], utilizados por el Derecho Internacional en sus primeras etapas, no resultaban adecuados (por insuficientes) a las inusitadas exigencias y complejidades de un compromiso internacional tan serio y profundo como el de la integración de países en desarrollo"⁴. A propósito de los procedimientos de conciliación y arbitraje, el ex-Magistrado Hugo Poppe⁵ sostiene que se revelaron inoperantes por ineficientes. Poppe explica que el mecanismo de solución de controversias no se acomodó a las necesidades del control de legalidad en un proceso de integración; que el ordenamiento omitió indebidamente el control de los actos de la Comisión y de la Junta; que fue un error ligar la integración andina a los procedimientos de la ALALC; que el Acuerdo debió haber instituido, desde el origen, un sistema judicial propio y autónomo⁶; que la falta de la función judicial contribuyó "...a la impunidad con que los Estados Miembros se habituaron a las prácticas del incumplimiento..."⁷; y que, "...en el camino hasta entonces recorrido...", se llegó al convencimiento de que "...era imposible edificar una comunidad de Derecho, como es la integración subregional, sin un órgano jurisdiccional ajustado a su específica realidad, que

³ Ídem. p. 235.

⁴ Uribe Restrepo, Fernando, "El Tribunal Andino de Justicia", en *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria de 1989*, Quito, 1990, p. 66.

⁵ Poppe, Hugo, "Las dos etapas de la función jurisdiccional en el Pacto Andino", en *Informe Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Labores 1986*, Quito, Impresión, 1987, p. 48.

⁶ Ídem. p. 49.

⁷ Ídem. pp. 48-49.

garantice, de modo efectivo, el respeto al ordenamiento jur dico ⁸. En otro texto, Poppe sostiene que, al evaluarse la significaci n del rgano jurisdiccional del Acuerdo, deber n tenerse en cuenta los centenares de incumplimientos acumulados con anterioridad a 1984, que precisamente se deben al hecho de haber carecido el Acuerdo de la funci n judicial ante la cual hubieran podido acudir oportunamente los Pa ses Miembros para exigir el respeto y el restablecimiento del ordenamiento jur dico ⁹.

6. Tal estado de cosas condujo a que, en su Sexto Per odo Extraordinario de Sesiones, celebrado entre el 8 y el 18 de diciembre de 1971, la Comisi n dejara constancia de la necesidad de crear un rgano jurisdiccional para dirimir las controversias que suscitase la aplicaci n del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones y las Resoluciones, y recomendara que la Junta, rgano t cnico del Acuerdo, realizara los estudios necesarios para disponer de los elementos de juicio que permitieran formular recomendaciones a los Gobiernos sobre la creaci n del rgano jurisdiccional del Acuerdo. En efecto, Uribe Restrepo informa que, a solicitud de la Junta, el Instituto para la Integraci n de Am rica Latina —INTAL—hizo una serie de investigaciones sobre la soluci n de conflictos, el control de la legalidad y la interpretaci n uniforme del Derecho en las Comunidades Europeas, la ALALC, el Mercado Com n Centroamericano y el GATT, y luego elabor una serie de trabajos sobre la soluci n de controversias en esquemas de integraci n y cooperaci n.¹⁰

7. Sobre la base de estos estudios, la Junta del Acuerdo present un primer Informe, en diciembre de 1972, en el cual propuso confiar el control de la legalidad a un Tribunal de Justicia subregional ...al que se deben atribuir competencias de anulaci n de las Decisiones de la Comisi n y Resoluciones de la Junta que violen el orden jur dico del Acuerdo; de constataci n y sanci n del incumplimiento de la estructura jur dica del Acuerdo por parte de los Pa ses Miembros y, finalmente, la competencia de interpretar, en la v a prejudicial las normas derivadas de la estructura jur dica del Acuerdo¹¹.

⁸ *Ídem.* p. 49.

⁹ *Ídem.* p. 124.

¹⁰ Uribe Restrepo, *El Tribunal Andino y la Soluci n* *Op. cit.*, p. 233.

¹¹ Junta del Acuerdo de Cartagena. *Documento J/AJ/29*, 5 de diciembre de 1972.

8. En 1974, la Junta presentó un proyecto de Tratado de Creación del Tribunal. Dos años después, el 30 de octubre de 1976, fue suscrito el Protocolo de Lima, modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 117), cuyo objetivo principal fue la ampliación de los plazos establecidos para el cumplimiento del Programa de Liberación y para la puesta en aplicación del Arancel Externo Común. A partir de junio de 1977, la Junta convocó a expertos gubernamentales y a representantes plenipotenciarios para la negociación del Tratado del Tribunal. Un año después, el 21 de abril de 1978, fue suscrito el Protocolo de Arequipa, también modificadorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 147), cuyo objetivo principal fue la ampliación, en unos casos, y la reducción, en otros, de los plazos previstos en el Acuerdo y en el Protocolo de Lima, en materia de Programa de Liberación y de Arancel Externo Común. El 8 de agosto de 1978, los Presidentes se reunieron en Bogotá y declararon la impostergable necesidad de disponer de un órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo, instruyendo que el estudio de la materia deba concluir con la suscripción, al año siguiente, del Tratado para la creación del Tribunal Andino de Justicia.¹² En abril de 1979, los representantes de los Estados Miembros presentaron el Informe Final sobre el proyecto de Tratado.

II | El Tratado

9. El 28 de mayo de 1979, los plenipotenciarios de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela suscribieron en Cartagena de Indias, Colombia, el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En esa ocasión, los Presidentes recomendaron «...la urgencia de la entrada en vigor del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que es una demostración del alto nivel de madurez y estabilidad que adquieren las instituciones del Sistema Andino y constituye la primera experiencia latinoamericana que dota al Derecho de Integración de una

¹² Pico Mantilla, Galo, *Documentos básicos de la integración andina. 2*» ed. Quito, Congreso Nacional, 1984, p. 245.

instancia jurisdiccional e interpretativa [...] Con la creación de la función jurisdiccional, el Acuerdo de Cartagena alcanza plenitud institucional, reafirma su personalidad jurídica internacional, su propia autonomía y la permanencia de sus objetivos, órganos y mecanismos.¹³

10. Suscrito el Tratado, los Estados Miembros procedieron a su aprobación y ratificación. Sin embargo, el instrumento de ratificación de Venezuela no fue depositado en la Secretaría de la Comisión sino hasta el 19 de mayo de 1983, por lo que, de conformidad con el artículo 37 del Tratado, este entró en vigencia en esa fecha. Por otra parte, la Comisión aprobó, en fecha 19 de agosto de 1983, con fundamento en la competencia prevista en el artículo 14 del Tratado, el Estatuto destinado a disciplinar el funcionamiento del Tribunal y los procedimientos judiciales a seguirse ante él. Luego, las gestiones del Gobierno del Ecuador hicieron posible que el Tribunal, cuya sede es la ciudad de Quito, se instalase e iniciase su funcionamiento el día 5 de enero de 1984. Finalmente, el propio órgano jurisdiccional, sobre la base de la competencia prevista en el artículo 14 del Tratado, dictó su Reglamento Interno el 15 de marzo de 1984, cuyo objeto fue desarrollar las disposiciones del Estatuto.

11. En el preámbulo del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, los Gobiernos reconocen que "...es indispensable garantizar el cumplimiento estricto de los compromisos derivados directa e indirectamente del Acuerdo...", y que "...la estabilidad del Acuerdo y de los derechos y obligaciones que de él se derivan deben ser salvaguardados por un órgano jurisdiccional del más alto nivel, independiente de los Gobiernos de los Países Miembros y de los otros órganos del Acuerdo con capacidad de declarar el Derecho Comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente".

12. En efecto, el Tratado crea el Tribunal como órgano principal del Acuerdo (artículo 6), integrado por cinco Magistrados que gozan de plena independencia en el ejercicio de sus funciones (artículo 7), y le atribuye competencia exclusiva para conocer de las controversias que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo, pro-

¹³ Ídem. p. 257.

hibiendo expresamente a los Pa ses Miembros someter tales controversias a tribunales, sistemas de arbitraje o procedimientos distintos de los contemplados en el Tratado (art culo 33).

13. En lo que concierne a los mecanismos de soluci n de las controversias previstos en el art culo 23 del Acuerdo, y que inclu an la sujeci n de los Pa ses Miembros al procedimiento de arbitraje obligatorio previsto en el Protocolo para la Soluci n de las Controversias , suscrito en Asunci n el 2 de septiembre de 1967, el Tratado limita su uso a las controversias que surjan entre uno de los Pa ses Miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo que no sea miembro del Acuerdo (art culo 33).

14. El Tribunal del Acuerdo tiene car cter permanente y el Tratado que lo crea le atribuye las siguientes competencias:

¥ En primer lugar, la de declarar la nulidad de las decisiones de la Comisi n y de las Resoluciones de la Junta dictadas con violaci n de las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo, incluso por desviaci n de poder; cuando tales decisiones y resoluciones sean impugnadas por cualquiera de los Pa ses Miembros, la Comisi n, la Junta o las personas naturales o jur dicas a quienes aqu llas les resulten aplicables y les causen perjuicio (art culos 17 y 19).

¥ En segundo lugar, la de declarar el incumplimiento, por parte de los Pa ses Miembros, de las obligaciones emanadas de las normas que integran el ordenamiento jur dico del Acuerdo. El ejercicio de la acci n ante el Tribunal presupone el desarrollo de un procedimiento ante la Junta que, impulsado por sta o por el reclamo de un Pa s Miembro, conduce a la emisi n de un dictamen motivado. Si el procedimiento ha sido impulsado por la Junta, el dictamen ha sido de incumplimiento y el Pa s Miembro persiste en la conducta que ha sido objeto de observaciones, aqu lla podr solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Y si el procedimiento ha sido impulsado por el reclamo de uno de los Pa ses Miembros, el dictamen ha sido de incumplimiento y el Pa s Miembro persiste en la conducta objeto del reclamo, la Junta deber solicitar el pronunciamiento del Tribunal. En su defecto, el Pa s reclamante podr obrar *motu proprio* ante el Tribunal (art culos 23 y 24). Si la sentencia declara el incumplimiento, el Pa s Miembro queda obligado a adoptar las medidas necesarias para su ejecuci n dentro de los tres meses siguientes a su notificaci n. De no cumplirse esta

obligación, el Tribunal, luego de un procedimiento sumario, determinar los límites dentro de los cuales los demás Países Miembros podrán restringir o suspender las ventajas del Acuerdo que benefician al País Miembro remitido (artículo 25). La sentencia será revisable por el Tribunal, a petición de parte, si el recurso se funda en un hecho que, desconocido por el recurrente para la fecha de expedición de aquélla, hubiese podido influir decisivamente en el resultado del proceso (artículo 26).

El Tratado precisa que, para su cumplimiento, las sentencias del Tribunal no requieren de homologación o de ejecución en ninguno de los Países Miembros (artículo 32).

En cuanto a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, el Tratado se limita inicialmente a atribuirles el poder de obrar al efecto ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con el respectivo Derecho Interno (artículo 27).

¥ En tercer lugar, el Tribunal tiene atribuida competencia para interpretar las normas que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros (artículo 28). Del citado ordenamiento formaban parte entonces el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales, el Tratado de Creación del Tribunal, las decisiones de la Comisión y las resoluciones de la Junta (artículo 1). La solicitud de interpretación ha de provenir de un Juez nacional que conozca de un proceso en que deba aplicarse el ordenamiento del Acuerdo, y será facultativa u obligatoria según que la sentencia a dictar sea susceptible o no de recursos en el Derecho Interno (artículo 29). En todo caso, el Juez nacional deberá adoptar la interpretación del Tribunal (artículo 31).

Por otra parte, cabe poner de relieve que es en el Tratado que crea el Tribunal donde se establece la aplicabilidad directa de las decisiones de la Comisión, salvo que su texto disponga su incorporación al Derecho Interno, (artículo 3) y de las Resoluciones de la Junta (artículo 4).

15. Puesto en vigencia el Tratado e iniciado el funcionamiento del Tribunal, la primera demanda fue introducida por un particular el 24 de enero de 1984, pero no fue admitida por falta de competencia del órgano jurisdiccional. A ella siguieron otras tres, formuladas también por particulares, y no admitidas por falta de regularización. La quinta y la sexta no fueron admitidas por tratarse de acciones de incumplimiento entre particu-

lares. La primera demanda de nulidad fue introducida el 22 de marzo de 1985, y lo fue contra una de las Resoluciones de la Junta. Y la primera providencia de interpretación prejudicial fue dictada el 3 de diciembre de 1987.¹⁴

III | La reforma del tratado

16. En cambio, a pesar de las denuncias contra los Pa ses Miembros, no consta que la Junta hubiese emitido entonces dictamen alguno de incumplimiento. Tampoco consta que, en defecto de la Junta, los pa ses lo hubiesen demandado ante el Tribunal. Por su parte, las personas naturales y jurídicas, principales afectadas en sus derechos, carec an de legitimación para ejercer directamente, en defecto de aqu ella, la acción por incumplimien-^{15 16}to, y el Tribunal carec a de competencia para conocer a su respecto.

17. Estas circunstancias, entre otras, concurrieron para que el Tribunal, al a o siguiente de su puesta en funcionamiento, promoviera la reforma del Tratado. El Parlamento Andino acogió la iniciativa y, en su V Per odo de Sesiones Ordinarias, celebrado entre el 11 y el 16 de diciembre de 1985, recomendó la reforma a los Pa ses Miembros, con el objeto de ampliar las esferas de competencia del Tribunal del Acuerdo, vista la necesidad de ...ampliar y reforzar el control jurisdiccional del proceso de inte-

¹⁴ Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. 1984-1988*. Vol I, Buenos Aires, BID-INTAL, 1994, pp. 1—124.

¹⁵ Poppe, Hugo, op. cit., pp. 53-54.

¹⁶ Por ello, cuando el Tribunal dictó la primera sentencia de nitiva de incumplimiento, apenas el 30 de octubre de 1996, destacó, visto que ni la Junta ni los pa ses miembros hab an ejercido acción alguna de incumplimiento hasta entonces, que en tales circunstancias ...no pod a hablarse de que funcionara una tutela e caz de defensa de los leg timos intereses comunitarios ni un control sobre el cumplimiento de las obligaciones y derechos derivados del proceso de integraci n para quienes, como los pa ses y los particulares mismos, constituyen los principales protagonistas de la integraci n... . Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 1-AI-96. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena Nj 234 del 21 de noviembre de 1996.

gración subregional, ya que en parte su actual crisis es debida al incumplimiento de las ordenaciones del Acuerdo.¹⁷

18. El Tribunal, por su parte, en febrero de 1986, presentó un Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado, del cual formaron parte las siguientes propuestas: 1- Una acción popular de nulidad, accesible a cualquier persona, contra las decisiones de la Comisión y las Resoluciones de la Junta, cuando tengan alcance general. 2- Acción de nulidad contra las mismas normas, cuando son de alcance particular, en cabeza de quien demuestre tener legítimo interés. 3- Acción de incumplimiento en cabeza de los particulares, en contra de un País Miembro, previa una instancia administrativa ante la Junta. 4- Acción de los particulares por daños y perjuicios provenientes del mal funcionamiento de servicios públicos comunitarios, o causados por los funcionarios de la integración. 5- Facultar a las partes, en los procesos en los cuales se suscite la cuestión prejudicial, para acudir directamente ante el Tribunal. 6- Facultar al Tribunal para servir de árbitro entre los organismos del Acuerdo y entre particulares, en controversias relacionadas con el Derecho Comunitario. 7- Ampliar la acción de incumplimiento a las omisiones en que incurran los organismos del Acuerdo (acción por inactividad). 8- Competencia para declarar la compatibilidad, en un caso dado, entre el Derecho Interno de un País Miembro y el Derecho Comunitario. 9- Convertir en obligatoria para la Junta la facultad que hoy tiene para iniciar la acción de incumplimiento contra un País Miembro. 10- Competencia para conocer de controversias surgidas de contratos celebrados por los Países Miembros o por los órganos comunitarios, en ejecución de normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo. El Tribunal presentó un proyecto de articulado y un proyecto de texto final unificado, incluyendo las anteriores reformas.¹⁸

¹⁷ Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1986, en Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria 1991, Quito, 1993, p. 193.

¹⁸ Informe sobre la situación actual del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena enviado a los representantes de los Países Miembros y a los órganos comunitarios por el Presidente del Tribunal, en Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Memoria de 1989, Quito, 1990, p. 102.

19. En el ámbito específico de los incumplimientos de los Países Miembros, las propuestas estaban dirigidas, en lo principal, a la consecución de dos objetivos: primero, convertir en un deber el poder de la Junta de obrar a través de la acción de incumplimiento; y segundo, otorgar legitimación a los particulares para ejercer dicha acción, en defecto de la Junta, y una vez agotado el procedimiento administrativo previo.

20. Sin embargo, el Proyecto no fue objeto de atención por parte de los Países Miembros.

21. El 12 de mayo de 1987 fue suscrito el Protocolo de Quito, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 236), vigente desde el 25 de mayo de 1988. El citado Protocolo, en lo principal, amplía los objetivos del Acuerdo, los programas y acciones de cooperación económica y social y la competencia de la Comisión y de la Junta; disciplina los programas de desarrollo industrial, agropecuario, agroindustrial y de infraestructura física; en el marco del Programa de Liberación, precisa la serie de medidas excluidas del concepto restricciones de todo orden; introduce las cláusulas de nación más favorecida y de trato nacional; declara que el Programa de Liberación será automático e irrevocable y que comprenderá, salvo excepciones, la universalidad de los productos, para llegar progresivamente a su liberación total; atribuye a la Comisión la competencia de fijar los plazos y las modalidades de aplicación del Arancel Externo Común; y extiende el régimen de las cláusulas de salvaguardia. En lo que concierne a la solución de controversias, prescribe que las que surjan con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico del Acuerdo se sujetarán a las normas del Tratado que crea el Tribunal (artículo 23).

22. Los días 29 y 30 de noviembre de 1990, más de cuatro años después de presentado el Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado del Tribunal, se celebró el IV Consejo Presidencial Andino, y en él los Presidentes decidieron, entre otros puntos, poner énfasis en la necesidad del cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, para lo cual encomiendan al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la conformación de una Comisión de Alto Nivel que elabore una propuesta para ser definida, a más tardar el 31 de marzo de 1991. Dicha propuesta podrá incluir elementos para reformar; si fuere el caso, el Tratado de Creación del Tribunal de Jus-

ticia del Acuerdo de Cartagena . La Comisión se reunió los días 19 y 20 de marzo de 1991 y elevó un Informe en el cual destacó que la acción por incumplimiento constituyó un mecanismo eficaz para garantizar la ejecución de los compromisos derivados del Acuerdo de Cartagena, y que lo que correspondía era que la Junta la ejerciese.¹⁹

23. No obstante, en el V Consejo Presidencial Andino, celebrado los días 17 y 18 de mayo de 1991, los Presidentes acordaron encomendar al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores que revise el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, teniendo en cuenta, para tal efecto, las sugerencias de modificación presentadas por algunos Países Miembros, la Comisión de Alto Nivel y el propio Tribunal . El Tribunal diseñó un nuevo Proyecto y lo sometió a la consideración de los Gobiernos de los Países Miembros y de los órganos del Acuerdo. Finalmente, en el VI Consejo Presidencial Andino, celebrado el 4 de diciembre de 1991, los Presidentes dispusieron instruir al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, para que convoque en el primer trimestre de 1992, a una Reunión de Plenipotenciarios con miras al examen y suscripción de un Protocolo Modificatorio al Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia . En efecto, la Reunión de Plenipotenciarios se celebró entre los días 16 y 18 de marzo de 1992, pero en ella no se alcanzó consenso sobre la totalidad de las modificaciones propuestas.²⁰

24. Más de tres años después, en agosto de 1995, se convino en un Proyecto de Protocolo Modificatorio del Tratado. En septiembre del mismo año, el Consejo Presidencial Andino encomendó a una nueva Reunión de Plenipotenciarios la tarea de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificatorio a la estructura institucional del Sistema Andino de Integración que se estaba diseñando.

25. En marzo de 1996 se aprobó, durante el VII Consejo Presidencial Andino, el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 406), en vigencia desde 3 de junio de 1997. En él se crea la Co-

¹⁹ *Reformas al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*. En: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. *Memoria 1992*, Quito, Impreso al, 1993, pp. 46-47.

²⁰ *Ídem*. pp. 47-48.

Comunidad Andina, como una organización subregional con personalidad jurídica internacional (artículo 48), integrada por los Estados Miembros y los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (artículo 5); se establece la composición del Sistema (artículo 6) y se atribuye competencia a cada uno de sus órganos e instituciones (artículos 11 a 46); se reemplaza la Junta por la Secretaría General; y, en lo relativo al régimen de solución de controversias, declara que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad, que su régimen está constituido por el Acuerdo, el Tratado de Creación y sus protocolos modificatorios, y que tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador (artículos 40 y 41).

En ese VII Consejo Presidencial Andino se reitera la exigencia de ajustar el Proyecto de Protocolo Modificadorio del Tratado del Tribunal a la estructura del Sistema. Realizados los ajustes, el 26 de mayo de 1996 se suscribió el Protocolo Modificadorio del Tratado, denominado también Protocolo de Cochabamba (Decisión 472). El 17 de julio del mismo año entró en vigencia una breve reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 394). Luego de las aprobaciones y ratificaciones de rigor, el Protocolo entró en vigencia el 25 de agosto de 1999.

26. En el ámbito de las acciones de nulidad y de incumplimiento, las principales modificaciones fueron las siguientes:

La acción de nulidad podrá ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de la Decisión, de la Resolución o del Convenio, y la legitimación de las personas naturales o jurídicas para ello dependerá únicamente de que el objeto de la impugnación afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos (artículos 19 y 20).

El Tribunal, a petición de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar medidas cautelares si la ejecución de la Decisión, de la Resolución o del Convenio, cuya nulidad hubiese sido denunciada, causare o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación en la sentencia definitiva (artículo 21).

En el ámbito de esta acción, el Protocolo incorporó el mecanismo de la denuncia de inaplicabilidad por ilegalidad de la norma comunitaria y de su consulta al Tribunal. En efecto, en él se prevé que, aunque hubiese vencido el plazo para ejercer la acción de nulidad, cualquiera de las partes, en un litigio en curso ante el Juez nacional, podrá solicitar a éste la inaplicabilidad al caso de una Decisión, Resolución o Convenio, por considerar que infringe el ordenamiento jurídico de la Comunidad. El Juez na-

cional deber consultar al Tribunal acerca de la legalidad del instrumento denunciado y suspender el proceso hasta recibir el pronunciamiento correspondiente, el cual será de aplicación obligatoria en la sentencia de aquí (artículo 20).

En cuanto a la acción por incumplimiento, la Secretaría General de la Comunidad tendrá el deber de ejercerla cuando el dictamen motivado que pronuncie, en el procedimiento administrativo previo, sea de incumplimiento, y el País Miembro, cuya conducta haya sido objeto de observaciones, persista en ella (artículo 23).

Cuando la denuncia de incumplimiento ante la Secretaría General sea formulada por un País Miembro contra otro, las gestiones del órgano ejecutivo tendrán por objeto la subsanación del incumplimiento, de modo que la emisión del dictamen, dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo de respuesta del País Miembro, estará supeditada a que no se hayan obtenido resultados positivos (artículo 24).

Las personas naturales o jurídicas podrán formular la denuncia ante la Secretaría General y, luego de agotado el procedimiento administrativo previo, ejercer la acción ante el Tribunal, si el incumplimiento del País Miembro afecta sus derechos, caso que el órgano ejecutivo no emita el dictamen o no ejerza la acción dentro del plazo, o que el dictamen que emita no sea de incumplimiento. El ejercicio de la acción ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad excluye que el particular pueda acudir por la misma causa ante el Tribunal Nacional competente (artículo 25).

El Tribunal, a petición de la parte demandante, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causa o pudiera causar, al demandante o a la Subregión, perjuicios irreparables o de difícil reparación (artículo 28).

La sentencia de incumplimiento que el Tribunal dicte, en el supuesto de que la acción haya sido ejercida por una persona natural o jurídica, constituirá título legal y suficiente para que ésta pueda solicitar al juez nacional la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes (artículo 30).

27. Por otra parte, el Protocolo introduce el mecanismo del recurso por omisión o inactividad para el supuesto de que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General se abstenga de cumplir una actividad a la que los obligue expresamente el

orden jurídico de la Comunidad, y le atribuye competencia al Tribunal para conocer y decidir a su respecto (artículo 37); además, le atribuye competencia para conocer y decidir las controversias laborales que se susciten en el seno de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (artículo 40); y para conocer y decidir, por vía de arbitraje, previo acuerdo de las partes, las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los órganos o instituciones del Sistema, o entre estos y terceros, así como para conocer y decidir del mismo modo las controversias derivadas de la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado, en aquellos de sus elementos disciplinados por el orden comunitario (artículo 38).

Finalmente, el Protocolo suprime la disposición que previó el uso del procedimiento establecido en el artículo 23 del Acuerdo de Cartagena para las controversias que se susciten entre uno de los Países Miembros y otra parte contratante del Tratado de Montevideo, y, en su lugar, faculta a los Países Miembros, así como a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, para someterse al régimen del Tratado en sus relaciones con terceros países o grupos de países (artículo 42).

28. El 25 de junio de 1997, días después de la entrada en vigencia del Protocolo de Trujillo, fue suscrito el Protocolo de Sucre, modificatorio del Acuerdo de Cartagena (Decisión 563), en vigencia desde el 14 de abril de 2003. Este último instrumento faculta a la Comisión para aprobar un marco general de principios y normas destinadas a lograr la liberación del comercio intrasubregional de servicios (artículo 79); establece, en el ámbito de la cooperación económica y social, una serie de programas para objetivos de desarrollo social (artículo 130); incorpora la figura de los Miembros Asociados (artículo 136); y, sobre todo, introduce, a través de una Primera Disposición Transitoria, el siguiente régimen especial para el Perú: le atribuye competencia a la Comisión para definir los términos del Programa de Liberación a ser aplicado al comercio entre el Perú y los demás Países Miembros, con el objeto de lograr el pleno funcionamiento de la Zona Andina de Libre Comercio a más tardar el 31 de diciembre del año 2005, y exime al citado País Miembro de la obligación de aplicar el Arancel Externo Común hasta que la Comisión decida los plazos y modalidades para la incorporación del Perú al citado mecanismo. Por lo demás, faculta a la Comisión, a través de otra Disposición Transitoria, para establecer un confuso mecanismo arbitral.

29. Vistas las reformas introducidas por el Protocolo de Trujillo, modificatorio del Acuerdo, y por el Protocolo de Cochabamba, modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal, el 22 de junio de 2001 fue aprobada la reforma del Estatuto del Tribunal (Decisión 500), vigente desde el 28 de junio del mismo año y, por este motivo, el Tribunal aprobó, el 18 de mayo de 2004, la reforma de su Reglamento Interno.

IV | El orden jurídico sustancial

30. El Acuerdo de Integración Subregional ha instituido un orden jurídico de rango fundamental, destinado a disciplinar un proceso de integración que tiene por objetivo último el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión. Por ello se considera, también en el ámbito de la integración subregional, que el Acuerdo es la norma constitucional de los Estados Miembros y de los órganos e instituciones del Sistema, y que la Comunidad Andina es una Comunidad de Derecho, en tanto que sus órganos e instituciones, así como los Estados Miembros, están sometidos al control de la conformidad de sus actos y omisiones con el orden del Acuerdo de Integración.

31. Los contenidos principales del Acuerdo son los siguientes: en primer lugar, establece sus objetivos y los mecanismos para alcanzarlos (Capítulo I); en segundo lugar, la organización del Sistema Andino de Integración y la competencia de cada uno de sus órganos e instituciones (Capítulo II); y en tercer lugar, la disciplina básica de las materias objeto de integración, a través de la regulación de sus objetivos específicos y de las políticas, programas, convenios, proyectos, medidas y acciones para alcanzarlos (Capítulos III a XVI).

32. El orden jurídico fundamental del proceso, constituido en esencia por el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal, es desarrollado por las normas derivadas, según la ordenación prevista en el Estatuto del Tribunal (artículo 2), normas de las cuales forman parte las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General y los Convenios que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración.

33. A título de ejemplo, las materias del Acuerdo que, en el ámbito de la integración económica, han sido objeto principal de regulación, son las siguientes:

¥ El Programa de Liberación de bienes, cuyo propósito es eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (artículo 72) que, además, deben gozar, en el territorio del País Miembro importador, de un tratamiento no menos favorable que el que se aplique a los productos similares nacionales (artículo 75). En la Comunidad Andina, la Zona de Libre Comercio entre Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia se perfeccionó entre los años 1992 y 1993. La incorporación del Perú ha sido gradual (Decisiones 414 y 415), a partir del 30 de julio de 1997, y, de conformidad con la Primera Disposición Transitoria del Protocolo de Sucre, la incorporación plena del citado País Miembro se alcanzará, a más tardar, el 31 de diciembre del año 2005.

¥ El Arancel Externo Común, destinado a la constitución de la Unión Aduanera, y cuya puesta en aplicación constituye un compromiso de los Países Miembros, se encuentra sometido a los plazos y modalidades que establezca la Comisión (artículo 81). En la Comunidad, el Arancel Externo Común se instituyó el 31 de enero de 1995, con la entrada en vigencia de la Decisión 370, en la cual se prevé, además, un tratamiento preferencial para Ecuador y Bolivia, así como la posibilidad para los Países Miembros de excluir temporalmente de su aplicación una lista amplia de subpartidas NANDINA. El 14 de octubre de 2002 se negoció en la Comisión un nuevo Arancel Externo Común (Decisión 535), que debía entrar en vigencia el primero de enero de 2004. Sin embargo, la Comisión ha postergado tres veces su entrada en vigencia (Decisiones 569, 577 y 580). La última postergación ha sido prevista hasta el 10 de mayo de 2005.

¥ La Calificación de Origen de las mercancías, cuyo objeto es asegurar que, mientras se constituye la Unión Aduanera, los beneficios de la Zona de Libre Comercio correspondan únicamente a los productos que cumplan con los requisitos generales o específicos señalados en las reglas. En la Comunidad, la materia se encuentra regulada por el Acuerdo de Cartagena y por las Decisiones 416 (Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías) y 417 (Criterios y Procedimientos para la Fijación de Requisitos Específicos de Origen).

¥ El Desarrollo Agropecuario, regulado en lo principal por el Sistema Andino de Franjas de Precios (Decisiones 371 y 410) y el Sistema

Andino de Sanidad Agropecuaria (Decisi n 515), cuyos instrumentos son las normas sanitarias y fitosanitarias; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias inscritas en el Registro Subregional; las normas nacionales sanitarias y fitosanitarias de emergencia; el Registro Subregional de normas nacionales sanitarias y fitosanitarias; y los permisos o documentos fito y zoonosanitarios para importaci n, as como los certificados fito y zoonosanitarios para exportaci n y reexportaci n. El Sistema es desarrollado adem s por una serie de normas, como la relativa al registro y control de plaguicidas qu micos de uso agr cola (Decisi n 436).

¥ La Competencia Comercial, de cuyo r gimen forman parte las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por pr cticas restrictivas de la libre competencia (Decisi n 285, pendiente de reforma), por pr cticas de dumping en importaciones de productos originarios de Pa ses Miembros de la Comunidad Andina (Decisi n 456), y por pr cticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de los Pa ses de la Comunidad (Decisi n 457).

¥ La Propiedad Intelectual, de la cual forman parte el R gimen Com n de Protecci n a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales (Decisi n 345), el R gimen Com n sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Decisi n 351), el R gimen Com n sobre Acceso a los Recursos Gen ticos (Decisiones 391, 423 y 448) y el R gimen Com n sobre Propiedad Industrial (Decisi n 486).

¥ El Comercio de Servicios, regulado a trav s del marco general de principios y normas para la liberalizaci n del comercio de servicios en la Comunidad Andina (Decisi n 439), el Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios (Decisi n 510) y, en materia de transporte, regulado principalmente por las normas sobre Transporte Multimodal (Decisiones 331 y 393), Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Decisi n 398), Transporte Internacional de Mercanc as por Carretera (Decisi n 399) y Transporte A reo (Decisi n 582). En materia de telecomunicaciones, las normas que regulan el Proceso de Integraci n y Liberalizaci n del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina (Decisi n 462) y las Disposiciones sobre Utilizaci n Comercial del Recurso rbita Espectro de los Pa ses Miembros para el Establecimiento, Operaci n y Explotaci n de Sistemas Satelitales (Decisi n 479). Y en materia de energ a, el Marco General para la interconexi n subregional de sistemas de ctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (Decisi n 536).

¥ La Normalización Técnica, cuyo sistema tiene por objeto facilitar el comercio intrasubregional, a través de la mejora de la calidad de los productos y servicios, y de la eliminación de las restricciones técnicas al comercio, y de cuyo régimen jurídico forman parte el Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos y Metrología (Decisiones 376 y 419), el Reconocimiento y aceptación de certificados de productos que se comercialicen en la Comunidad Andina (Decisión 506), la Armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos (Decisión 516), y las Directrices para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario (Decisión 562).

¥ El Régimen de Aduanas, del cual forman parte las normas relativas a la Declaración Andina del Valor (Decisión 379), la Nomenclatura NANDINA (Decisiones 381, 507 y 570), el Tránsito Aduanero Internacional (Decisión 477), la Asistencia Mutua y Cooperación entre las Administraciones Aduaneras de los Países Miembros de la Comunidad Andina (Decisión 478), la Valoración Aduanera (Decisión 521), el Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (Decisión 571), el Arancel Integrado Andino (Decisión 572) y el Régimen Andino sobre Control Aduanero (Decisión 574).

¥ Las Inversiones, disciplinadas por el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (Decisión 291), y por el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (Decisión 292).

¥ Y la Política Fiscal, de la cual forma parte el Régimen para evitar la Doble Tributación y prevenir la Evasión Fiscal (Decisión 578), así como la Armonización de Aspectos Sustanciales y Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado (Decisión 599) y la Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo (Decisión 600).

Descrito parcialmente el orden sustancial de la integración económica prevista en el Acuerdo de Cartagena, desarrollado a través de Decisiones, y estas a través de Resoluciones, procede dar cuenta de la vía jurisdiccional establecida para la solución de las controversias que deriven de su interpretación y aplicación.

V | Los ámbitos de competencia del tribunal

34. El Tratado del Tribunal, modificado por el Protocolo de Cochabamba, crea el ente como órgano jurisdiccional de la Comunidad (artículo 5), y le atribuye competencia para obrar como intérprete supremo del ordenamiento comunitario (cuestión prejudicial de interpretación), así como para garantizar su observancia por parte de los Países Miembros (acción por incumplimiento) y de los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (acción de nulidad, recurso por omisión o inactividad, acción laboral).

35. El Estatuto, por su parte, define al Tribunal como el órgano jurisdiccional supranacional de la Comunidad, instituido para declarar el Derecho Andino y para asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los Países Miembros, en salvaguardia de los intereses comunitarios y de los derechos de los citados Países (artículo 4).

A continuación, daremos cuenta en resumen de los ámbitos de competencia del Tribunal.

Interpretación prejudicial

36. El profesor Bacigalupo destaca que es inherente a todo orden jurídico la idea de su unidad, porque la unidad es garantía de la igualdad, y la igualdad es uno de los valores superiores de todo orden. La unidad del orden exige que, en su ámbito territorial de validez, se lleve a cabo la interpretación y aplicación uniforme de sus normas. Así, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina requiere ser interpretado y aplicado uniformemente para ser el mismo en todos los Estados Miembros. Lecourt destacaba que la piedra angular de la Comunidad no era sólo una misma norma común, sino dicha norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros. Y Catalano, a propósito de la integración europea, advierte que habría sido peligroso admitir en los Estados Miembros interpretaciones diversas por parte de las jurisdicciones nacionales [...] el Derecho Comunitario se desdobla inmediatamente en tantos sistemas diferentes cuantos derechos nacionales existen. Este riesgo, que es manifiesto, y que hubiese liquidado pronto las pretensiones de uni-

dad de regulación propias de un mercado común supranacional, es lo que se ha intentado excluir con la regulación de la técnica prejudicial²¹.

37. Puesto que el ordenamiento comunitario se desenvuelve como parte del ordenamiento nacional en los Estados Miembros, hay lugar a que, en el curso de un proceso pendiente ante el Tribunal Nacional, se invoque y se pida la aplicación de una norma comunitaria, o que el juez *motu proprio* advierta su pertinencia. En estos casos, corresponde al Tribunal Nacional juzgar sobre la aplicabilidad y, en su caso, hacer aplicación de la norma comunitaria, pero se ha estimado necesario que un único tribunal garantice la uniformidad de su interpretación, con el fin de asegurar la aplicación uniforme de aquélla. Para ello se tiene establecido un mecanismo de cooperación judicial entre el Tribunal de la Comunidad y los tribunales nacionales, cual es el de la consulta prejudicial. Por virtud de este mecanismo, como destaca la jurisprudencia europea, el Tribunal Nacional y el Tribunal de la Comunidad están llamados a contribuir, en el ámbito de sus respectivas competencias, a la elaboración de una providencia que asegure la aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en el interior de los Estados Miembros²². Desde el ángulo del Tribunal de la Comunidad, se trata de proveer de un apoyo al Tribunal Nacional, en su tarea de aplicar el ordenamiento comunitario a la causa sometida a su conocimiento, por la vía de proveer de certeza el significado y alcance de la norma comunitaria.

38. Y se trata de un mecanismo de cooperación directa, toda vez que la iniciativa de acudir al Tribunal de la Comunidad para solicitar, mediante simple oficio, la interpretación de la norma comunitaria, corresponde únicamente a los Jueces nacionales, si bien la iniciativa, en unos casos facultativa y en otros obligatoria, puede ser impulsada por las partes. La consulta será obligatoria, según el Tratado, en todos los procesos en que la sentencia, de primera o última instancia, no fuere susceptible de recursos en el Derecho Interno (artículo 33), es decir, cuando la cuestión de la aplicabilidad de la norma comunitaria ya no pudiere ser objeto de revisión por su intermedio.

²¹ Bacigalupo, Mariano: La Justicia Comunitaria. Estudio sistemático y textos normativos básicos. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

²² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: sentencia en el asunto *Schwarze*, 16/65.

De cumplir la solicitud con los requisitos estatutarios, el Tribunal la admitir y proveer a su respecto, luego de un procedimiento no contencioso, ajeno a la iniciativa de las partes, mediante una providencia en que se limitará a precisar el contenido y alcance de la norma comunitaria referida al caso concreto. Le está expresamente prohibido al Tribunal de la Comunidad hacer interpretación, por esta vía, del ordenamiento jurídico nacional de los Estados Miembros, sin perjuicio de la facultad que posee para hacer referencia a los hechos de la causa, de ser ello indispensable a los efectos de la interpretación solicitada (artículo 126 del Estatuto).

39. Dictada la providencia interpretativa y transmitida al órgano jurisdiccional solicitante, éste deberá acogerla en la sentencia que pronuncie acerca de la causa sometida a su conocimiento. Se trata de un deber previsto en un tratado integrante del ordenamiento jurídico fundamental de la Comunidad Andina, cual es el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia. Y puesto que los tribunales nacionales constituyen parte orgánica y funcional de los Estados Miembros, el incumplimiento de este deber constituye una infracción del orden comunitario imputable al Estado Miembro. En el Estatuto del Tribunal se prevé expresamente el derecho de los Estados Miembros y de los particulares de ejercer la acción de incumplimiento cuando el Juez Nacional, obligado a realizar la consulta, se abstenga de hacerlo, o cuando, realizada ésta, aplique una interpretación diferente a la señalada por el Tribunal de la Comunidad (artículo 128).

La Secretaría General de la Comunidad ha emitido dictámenes de incumplimiento en dos ocasiones, a causa de la negativa, por parte de Jueces nacionales, a formular ante el Tribunal la correspondiente solicitud de interpretación prejudicial. En efecto, en su Resolución 171, del 17 de diciembre de 1998, la Secretaría General emitió el Dictamen 51-98 contra el Gobierno de la República del Ecuador, por la violación de los artículos 5, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia, en virtud de la negativa de la Corte Superior de Guayaquil, Sala Quinta, a tramitar la correspondiente solicitud de interpretación prejudicial, a pesar de su carácter obligatorio. Y en su Resolución 459, del 5 de diciembre de 2000, la Secretaría emitió el Dictamen 38-2000 contra el Gobierno de la República del Perú, por la violación del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal, en razón de la negativa de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social, a suspender el procedimiento y tramitar la solicitud de interpretación.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, vistos los recursos de casación ejercidos contra sentencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, a causa de no haberse pedido la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad, declaró la nulidad de tres procesos y su reposición al estado de formulación de las solicitudes correspondientes (Sentencias dictadas en los expedientes 94-99, del 26 de septiembre de 2000; 09-2000, del 29 de mayo de 2001; y 195-00, del 31 de agosto de 2001).

Acción por incumplimiento

40. En términos del profesor Moreira, se trata de un medio procesal de control de la legalidad comunitaria, a través de un control objetivo de la ejecución, por parte de los Estados Miembros, de sus obligaciones y compromisos comunitarios ²³

41. Como se ha dicho, cada Estado Miembro tiene el deber de cumplir con tales obligaciones y compromisos, independientemente de que los otros Estados o los órganos de la Comunidad cumplan o no con los suyos; además, no pueden adoptar unilateralmente medidas de salvaguardia, fuera de los supuestos y procedimientos previstos en el Acuerdo de Cartagena.

42. Se entiende por incumplimiento la conducta del Estado Miembro que sea contraria al ordenamiento jurídico de la Comunidad, por faltar a la ejecución de las obligaciones y compromisos emanados de dicho ordenamiento y contrarios en su condición de miembro de la Comunidad, bien a través de la sanción de normas internas contrarias al orden comunitario, bien mediante la falta de sanción de normas internas destinadas a la observancia del citado ordenamiento, bien por virtud de la realización de cualquier acto u omisión, deliberado o no, que se oponga al ordenamiento en referencia o que dificulte u obstaculice su aplicación (artículos 23 del Tratado de Creación del Tribunal y 107 de su Estatuto). También cabe considerar omisión la tolerancia de una norma interna incompatible con las obligaciones y compromisos comunitarios.

²³ Moreira González, Carlos, en *Derecho Procesal Comunitario*, dirigido por MARIÓ, Fernando et al. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2001.

43. Las obligaciones y compromisos pueden estar previstos en normas del Derecho Primario o del Derecho Secundario, derivar de los principios generales del Derecho Comunitario o constituirse por la inejecución o la ejecución incorrecta o insuficiente de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

44. El ejercicio de la acción presupone el agotamiento de una fase previa. Esta fase, disciplinada por el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General²⁴, es de carácter administrativo y está organizada para conseguir el restablecimiento del orden jurídico infringido, a través de la cesación voluntaria en el incumplimiento, por parte del Estado Miembro infractor, de sus obligaciones y compromisos comunitarios.

45. La Secretaría General de la Comunidad puede iniciar la investigación de oficio, o por reclamación de un Estado Miembro o de una persona natural o jurídica afectada en sus derechos. El Reglamento de Procedimientos Administrativos disciplina los requisitos a cumplir y el procedimiento a seguir cuando media reclamación de parte.

46. Si la Secretaría General encuentra que los requisitos de la solicitud están cumplidos, o estima, de oficio, a la luz de la información disponible, que el Estado Miembro pudiera estar incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones y compromisos comunitarios, lo pone en conocimiento de la apertura de la investigación y, dentro de los diez días hábiles siguientes a dicha apertura, le envía una Nota de Observaciones, en la cual identifica el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada por el hecho de que se trate y, si fuere el caso, la Resolución que haya calificado el hecho como constitutivo de gravamen o restricción al comercio. Además, le indica un plazo que no debe exceder de sesenta días para que conteste a las observaciones formuladas. La Nota de Observaciones circunscribe de esta manera el objeto del eventual litigio futuro y garantiza el respeto al principio del contradictorio. Por ello, se trata de una formalidad esencial cuya falta puede conducir a la inadmisibilidad de la acción

²⁴ Decisión 425 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores del 14 de diciembre de 1997.

si, a causa de la falta de concreción del hecho constitutivo del presunto incumplimiento, resulta menoscabado el Derecho a la defensa del Estado Miembro.

47. En cuanto al plazo que se fija en la Nota de Observaciones, la Secretaría General debe fijar uno que sea razonable, es decir, adaptado a las exigencias del caso, de forma que no se menoscabe el propósito del procedimiento administrativo, cual es procurar el cumplimiento voluntario, por parte del Estado Miembro, de sus obligaciones y compromisos comunitarios. Además, la Secretaría tiene potestad discrecional para otorgar las prórrogas que solicite el Estado Miembro y que se encuentren autorizadas por el Reglamento, si interpreta que tales prórrogas tienen por objeto poner fin al incumplimiento, y para negarlas si interpreta que su objeto es dilatorio.

48. En lo que concierne a la presentación de alegatos contra la Nota de Observaciones por parte del Estado Miembro imputado, se trata de un Derecho que debe garantizar la Secretaría General, pero cuyo ejercicio queda a discreción de su titular.

49. Recibida la respuesta a la Nota, o vencido el plazo, la Secretaría General formulará, dentro de los quince días siguientes, un dictamen motivado sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte del Estado Miembro. Sin embargo, si considera que el incumplimiento es flagrante, emitirá el dictamen a la brevedad posible y, a partir de este, la Secretaría o el Estado Miembro afectado podrán ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad.

50. Fuera del supuesto de incumplimiento flagrante, si el Estado adopta una actitud renuente, o sus alegatos no desvirtúan el hecho constitutivo del presunto incumplimiento, la Secretaría General dictaminará el incumplimiento en el plazo indicado y, según las circunstancias del caso, podrá conceder al Estado un nuevo plazo para que le ponga fin. El dictamen deberá ser suficientemente motivado para que el Estado tome conocimiento preciso de las razones que lo sustentan; y, por respeto al Derecho de defensa del Estado Miembro, debe fundarse en las mismas razones básicas que apoyaron la Nota de Observaciones, toda vez que los motivos de la demanda no deben diferir en lo esencial de los invocados

en el procedimiento administrativo previo. Por ello, el dictamen motivado contribuye a precisar el objeto del litigio, ya circunscrito en la Nota de Observaciones. En efecto, según el Reglamento de Procedimientos Administrativos, la Secretaría General debe, al igual que en la Nota de Observaciones, identificar el hecho presuntamente constitutivo del incumplimiento, las normas comunitarias presuntamente infringidas, la mercancía afectada, y los motivos por los cuales considera que el hecho es constitutivo de incumplimiento.

51. Si, en definitiva, el dictamen es de incumplimiento, y el Estado Miembro persiste en la conducta infractora, la Secretaría debe ejercer la acción correspondiente ante el Tribunal. El Estado Miembro afectado podrá adherir a la acción.

52. Ahora bien, si la investigación ha sido iniciada por reclamación de un Estado Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, y la Secretaría General no emite el dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de la presentación de la reclamación, o si el dictamen que emite no es de incumplimiento, o si, emitido el dictamen de incumplimiento, no ejerce la acción dentro de los sesenta días siguientes, el Estado Miembro o la persona natural o jurídica reclamante podrá ejercerla.

53. Procede referir asimismo que, en lugar de ejercer la acción ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos pueden optar por ejercerla ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con el Derecho Interno del respectivo Estado Miembro.

54. Y cabe poner de relieve que, a diferencia del régimen europeo, el ejercicio de la acción por incumplimiento, por parte de la Secretaría General de la Comunidad, de persistir el Estado Miembro en el incumplimiento de sus obligaciones, no es potestativo sino obligatorio y, en el caso de que la reclamación haya sido formulada por un Estado Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, la acción, en defecto de la Secretaría General, podrá ser ejercida por éstos.

55. En el orden procesal, la denuncia de violación del Derecho a la Defensa que haya podido ocurrir en la fase del procedimiento administrativo previo constituye un evento importante, vista la trascendencia de la decisión que declara el incumplimiento de un Estado Miembro, por lo que la efectiva violación de aquel Derecho puede conducir a la inadmisibilidad de la acción. En cuanto al mrito de la causa, el Tribunal ejerce un control amplio de todas las circunstancias del caso, sin limitarse a los términos del dictamen motivado. Por lo demás, el actor debe aportar prueba fehaciente de que se ha incurrido en el incumplimiento de la obligación o del compromiso comunitario.

56. En la acción por incumplimiento, los Estados Miembros son los únicos sujetos provistos de legitimación pasiva. Por tanto, la conducta imputable puede ser consecuencia de la actuación independiente de cualquiera de sus órganos constitucionales, de modo que la ilegalidad puede derivar de actos, omisiones o prácticas legislativas, administrativas o judiciales.

57. A propósito del incumplimiento que derive de la actuación de los órganos judiciales de un Estado Miembro, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dicho: Obsérvese igualmente que la obligación resulta, si cabe, más incondicional en el caso de que se ventilen ante los Tribunales nacionales asuntos relacionados con la protección de derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario a los particulares, ya que aquéllos deben garantizar su salvaguardia directa, inmediata y efectiva ²⁵. Se entiende que el hecho constitutivo del incumplimiento se configura cuando el Tribunal del Estado Miembro haga caso omiso o infrinja deliberadamente las disposiciones del Derecho Comunitario, no cuando se trate de la comisión de errores judiciales.

58. La acción se tramita a través del procedimiento común desarrollado en el Estatuto del Tribunal.

59. Como observa la doctrina, la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva se hace más acuciante en la controversia por incumpli-

²⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Johnston*, 222/84.

miento, ya que el dictamen de la Secretaría General no es vinculante, el ejercicio de la acción no surte efectos suspensivos y el procedimiento se desenvuelve en plazos relativamente prolongados²⁶. Asimismo, el Tribunal puede ejercer ampliamente su potestad cautelar, por lo que, a petición de la parte actora, puede ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causa o pudiera causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación. También puede imponer al Estado Miembro prestaciones específicas, de hacer o de no hacer, con el objeto de garantizar la ejecución de la sentencia correspondiente.

60. En todo caso, el otorgamiento de la medida se halla condicionado a la verificación de los requisitos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*.

61. La medida cautelar se otorga por auto motivado, contra el cual no cabe recurso alguno; su otorgamiento puede ser sometido a la constitución de una fianza y no prejuzga la decisión del Tribunal sobre la cuestión de mérito; la medida puede ser modificada o revocada en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, si varían las circunstancias; y, de no fijarse un plazo de duración, la medida, como es natural, quedará sin efecto al decidirse la cuestión de mérito²⁷.

62. La sentencia de mérito, declarativa del incumplimiento y provista de la autoridad de cosa juzgada, impone al Estado Miembro una obligación indisponible de resultado²⁸. En efecto, ella obliga al Estado Miembro infractor a adoptar las medidas necesarias para su ejecución en un plazo no mayor de noventa días luego de haber sido notificada. Todos los órganos públicos del Estado Miembro quedan obligados a contribuir en el restablecimiento del orden comunitario infringido, por lo que están llamados, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a cooperar de buena fe en la ejecución de la sentencia, sea modificando, derogando o dejando sin aplicación los actos o decisiones internas controvertidas, sea sancionando las que fueren pertinentes, sea asegurando la efectividad de los actos o decisiones comunitarias. Es precisamente la necesidad de asegurar

²⁶ Moreira González, Carlos, op. cit.

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ibidem*.

la efectividad del orden comunitario la razón que justifica que el Tribunal encuentre necesario pronunciarse en ocasiones sobre el mérito de las causas en las cuales ya se ha puesto fin al incumplimiento denunciado, visto el interés en establecer la base de la responsabilidad en que el Estado Miembro ha podido incurrir como consecuencia de tal incumplimiento.

63. La fuerza ejecutiva de la sentencia no puede considerarse menoscabada porque el Tribunal no pueda ejecutarla directamente, toda vez que, como ya se indicó, el Estado Miembro infractor tiene el deber de cooperar lealmente en su ejecución.

64. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado sobre el particular que: ...corresponde a todas las autoridades de los Estados Miembros, sean éstas las autoridades del Estado o las autoridades de un Estado federado, o cualquier otra autoridad territorial, asegurar el cumplimiento de las disposiciones de Derecho Comunitario dentro del ámbito de sus respectivas competencias²⁹. El Tribunal ha precisado, además, que esta obligación se extiende a la reparación del daño sufrido por los particulares, sea cual fuere la autoridad que, con arreglo al Derecho del Estado, deba hacerse cargo de dicha reparación por incumplimiento del Derecho Comunitario³⁰.

65. En el ámbito de la Comunidad Andina, se tiene establecido en forma expresa que, cuando la acción haya sido ejercida por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos, la sentencia declarativa del incumplimiento constituye título legal y suficiente para que el particular pueda reclamar indemnización de daños y perjuicios ante el Tribunal Nacional, en el entendido de que, en lugar de ejercer la acción por incumplimiento ante el Tribunal de la Comunidad, ha podido ejercerla ante el Tribunal Nacional competente, toda vez que la tutela judicial efectiva, por los tribunales nacionales, de los derechos de los particulares que derivan del ordenamiento supranacional, forma parte de las obligaciones de los Estados Miembros.

²⁹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Alemania v. Comisión*, C-8/88.

³⁰ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Poule*, 302/97.

66. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado a este propósito, en el asunto de la *Unión de Pequeños Agricultores*, que ...los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto ³¹. Asimismo, el Tribunal ha indicado que ...el acceso a las vías procesales nacionales no podrá hacerse en condiciones menos favorables que para las reclamaciones fundadas en normas internas y tampoco en condiciones tales que hagan *prácticamente imposible* el ejercicio de los derechos conferidos por el orden jurídico comunitario ³². En sintonía con esta orientación, el Tribunal ha precisado, en el asunto *San Giorgio*, que es incompatible con el Derecho Comunitario toda modalidad de prueba cuyo efecto sea hacer prácticamente imposible (como la prueba documental negativa o la exclusión de toda prueba que no sea la documental), o excesivamente difícil, la obtención del reembolso de la tasa o la indemnización debida por violación del Derecho Comunitario³³. En definitiva, Para el TJCE, los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de las normas comunitarias y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos as conferidos ante los tribunales nacionales ³⁴. Por esta razón, en la sentencia sobre el asunto *Factortame*, el Tribunal afirmó que ...si el juez que conoce el litigio estima que debe conceder medidas provisionales y se opone a ello una norma nacional, entonces debe excluir la aplicación de la norma nacional que le impide conceder medidas provisionales, ya que ...la plena eficacia del Derecho Comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho Nacional pudiese impedir al juez, que conoce un litigio regido por el Derecho Comunitario y que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho

³¹ Citada en Mangas Martín, Araceli y Lina Noguera, Diego: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, tercera edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2002.

³² *Ídem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

Comunitario, acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de su decisión jurisdiccional ³⁵.

67. Caso que el particular ejerza la acción de reparación, las condiciones de la responsabilidad sean la existencia del daño, la relación de causalidad entre el daño y la conducta de la entidad, y la naturaleza ilegal de esta ³⁶.

68. La inejecución de una sentencia de incumplimiento, o su ejecución parcial o tardía, constituye también una violación de las obligaciones comunitarias, y da lugar a la apertura de un procedimiento sancionatorio por desacato. En efecto, si no consta en autos la ejecución de la sentencia por parte del Estado Miembro infractor, el Tribunal tramitará un procedimiento sumario, al final del cual, luego de oír a los Estados Miembros y de verificar el desacato, podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Integración Subregional que beneficien al Estado Miembro reuente. La sanción permanecerá hasta que se constate que el Estado Miembro ha dado cumplimiento a las obligaciones impuestas en la sentencia.

69. Por lo demás, las sentencias que se dictan en las causas por incumplimiento pueden ser recurridas en revisión, a instancia de parte, si el recurso se funda en algún hecho que hubiese podido influir decisivamente en el resultado de la controversia, siempre que tal hecho hubiese sido desconocido por el recurrente en la fecha de la expedición de la sentencia.

70. El recurso de revisión deberá ser presentado dentro de los noventa días siguientes a la fecha del descubrimiento del hecho, o dentro del día siguiente a la fecha de pronunciamiento de la sentencia.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia en el asunto *Lütticke v. Comisión*, 4/69.

Acción de nulidad

71. La acción de nulidad es un medio jurídico establecido por el orden comunitario para garantizar la legalidad de los actos de los órganos de la Comunidad, por la vía del control de su conformidad con las normas comunitarias que les sirven de fundamento.

72. El objeto de la acción es la declaratoria de nulidad del acto del órgano por ser contrario a Derecho, lo que presupone que se hayan cumplido los requisitos de legitimación, activa y pasiva, que se trate de un acto susceptible de ser demandado por vía de nulidad, y que se haya configurado el motivo de la violación del orden comunitario.

73. La acción puede ser ejercida contra las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión de la Comunidad Andina, contra las Resoluciones de la Secretaría General y contra los Convenios de Complementación Industrial u otros que adopten los Estados Miembros entre sí, en el marco del proceso de integración subregional, cuando hayan sido dictadas las Decisiones o Resoluciones, o celebrados los Convenios, con violación de las normas que forman parte del orden comunitario, incluso por desviación de poder (artículo 17 del Tratado). Como puede observarse, los motivos de nulidad cubren todos los supuestos de ilegalidad. Se entiende que el acto recurrible ha de ser obligatorio, es decir, que despliegue efectos obligatorios en la esfera jurídica de sus destinatarios; además, en principio, ha de ser definitivo y no preparatorio, es decir, que recoja la manifestación definitiva de la voluntad del órgano.

74. La acción puede ser ejercida por cualquier Estado Miembro, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia no haya sido aprobado con su voto afirmativo, así como por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina o la Secretaría General. Finalmente, la acción puede ser ejercida por personas naturales o jurídicas, siempre que el acto cuya nulidad se denuncia afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. El Tribunal de la Comunidad ha precisado que, a diferencia del interés legítimo, el Derecho Subjetivo presupone la existencia de una relación jurídica en cuyo ámbito el titular del interés sustancial, tutelado por el orden normativo, ocupa una posición de

ventaja frente a otro sujeto que se halla obligado a ejecutar una prestación dirigida específicamente a la satisfacción del interés del primero.

75. La acción está sometida a un plazo de caducidad, toda vez que debe ser ejercida dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia del acto que se controvierte; sin embargo, si en un litigio ante un Tribunal Nacional se cuestiona, ya cumplido el plazo de caducidad, la validez de una Decisión, Resolución o Convenio relativo al citado litigio, y se solicita que tal norma o acto sea dejado sin aplicación, el juez deberá consultar sobre su legalidad al Tribunal de Justicia y suspender el proceso hasta que éste se pronuncie. En este caso, el Tribunal notificará la consulta a los Estados Miembros, al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión de la Comunidad Andina y a la Secretaría General, y éstos dispondrán de un plazo de treinta días para presentar alegatos u observaciones escritas, luego de lo cual el órgano jurisdiccional se pronunciará sobre la legalidad o ilegalidad de la norma o del acto en cuestión.

76. La acción de nulidad se tramita por el procedimiento común establecido en el Estatuto del Tribunal. En el curso de dicho procedimiento, el Tribunal, a petición de la parte actora en la demanda, y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá dictar medidas cautelares y, en particular, ordenar la suspensión provisional de la ejecución del acto cuya nulidad se denuncia. Si el acto es de efectos generales, bastará que el Tribunal considere *prima facie* la existencia del *fumus boni iuris*. Y si el acto es de efectos particulares, será necesario, además, que haya prueba de los perjuicios irreparables o de difícil reparación que la ejecución del acto cause o pudiera causar al actor.

77. En caso de exigirse afianzamiento, sea caución, garantía de empresa de seguros o aval bancario, el mismo tendrá por objeto garantizar la reparación de los perjuicios que, eventualmente, cause la suspensión del acto, si la sentencia desestima la acción.

78. El Tribunal podrá declarar la nulidad total o parcial del acto demandado, fijar los efectos de la sentencia en el tiempo y señalar plazo para que el órgano autor del acto adopte las disposiciones de ejecución de sentencia que fueren necesarias. El acto anulado no podrá ser repro-

ducido por quien lo dicta, a menos que, después de la sentencia, hayan desaparecido los fundamentos de la nulidad.

79. El pronunciamiento de una sentencia desestimatoria de la acción de nulidad no impide que, a la luz de motivos distintos, se controvierta de nuevo sobre la legalidad del acto, por ejemplo, a través de la excepción de ilegalidad. Si, en cambio, el Tribunal declara con lugar la acción, el acto queda retirado del ordenamiento comunitario y la sentencia surtir efectos *erga omnes*.

Recurso por omisión o inactividad

80. Pero cuando lo que se denuncia no es la ilegalidad del acto del órgano comunitario sino el incumplimiento de su obligación de dictarlo, hay otro medio a través del cual el Tribunal de la Comunidad puede hacer cesar el incumplimiento

81. En efecto, el control jurisdiccional de la legalidad de la conducta de los órganos del Sistema sería incompleto si no existiese un medio procesal destinado a controlar la legalidad de sus omisiones contrarias al ordenamiento jurídico de la Comunidad. Es el caso del recurso por omisión o inactividad, cuyo objeto es poner fin a la omisión de los órganos del Sistema cuando la ejecución de la actividad constituya una obligación impuesta en forma expresa por el ordenamiento jurídico comunitario. De constatarse la omisión ilegal de la actividad, lo que corresponde es compeler al órgano para que la ejecute.

82. Sin embargo, el ejercicio del recurso está supeditado al cumplimiento de un requisito de admisibilidad: que primero se requiera del órgano, por escrito, el cumplimiento de la obligación, es decir, la ejecución de la actividad omitida. No se indica plazo para formular el requerimiento, por lo que la oportunidad queda a discreción del interesado. Si dentro de los treinta días siguientes no se accede al requerimiento, el sujeto legitimado podrá ejercer el recurso ante el Tribunal de la Comunidad (artículos 37 del Tratado y 131 del Estatuto). Cabe entender que este plazo deberá contarse desde la fecha en que el órgano reciba el requerimiento. Cabe entender igualmente que el recurso será inadmisibile si se constata que el órgano haba dictado ya la providencia solicitada.

83. El requerimiento podrá ser formulado y el recurso podrá ser ejercido contra la omisión o la inactividad del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión o de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por parte de estos mismos órganos, o de cualquiera de los Estados Miembros, o de personas naturales o jurídicas afectadas por el incumplimiento en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos (artículos 37 y 19 del Tratado, y 129 y 130 del Estatuto). Se entiende que los citados órganos del Sistema se encuentran legitimados sin necesidad de demostrar la existencia y afectación de un interés específico. Y el recurso podrá estar dirigido contra la falta de pronunciamiento de disposiciones de carácter general o de carácter particular.

84. Dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso, el Tribunal, sobre la base de los antecedentes del caso, de la documentación técnica existente y de las explicaciones del órgano imputado, dictará la providencia correspondiente. Si en ella declara la omisión o la inactividad, el Tribunal deberá precisar la forma, modalidad y plazo del cumplimiento de la obligación (artículos 37 del Tratado y 133 y 134 del Estatuto).

Acción laboral

85. El Tratado de Creación atribuye también al Tribunal competencia para conocer de las controversias laborales que se suscitan en el seno de los órganos e instituciones del Sistema (artículo 40). El Estatuto del Tribunal precisa que se trata de las controversias que, originadas en una relación de trabajo, se suscitan entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados, de conformidad con el Convenio de Sede que resulte aplicable (artículo 136).

86. Según el Estatuto en referencia, se encuentran legitimados para ejercer la acción laboral, a los fines de reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales, los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con cualquiera de los órganos e instituciones del Sistema (artículo 137). Sin embargo, el ejercicio de la acción se encuentra supeditado al requisito indispensable de que el actor pruebe haber formulado petición directa a su empleador sobre los mismos derechos laborales que reclama en sede judicial, y no haber obtenido respuesta dentro de los treinta días siguientes, o haber obtenido una que le fue total o parcialmen-

te desfavorable. Además, la acción prescribe a los tres años desde el hecho o acto causante de la reclamación (artículo 139).

87. A la controversia laboral se aplica el procedimiento común disciplinado en el Estatuto del Tribunal, salvo que, luego de la contestación de la demanda, el Tribunal, si estima que los derechos envueltos en la controversia son susceptibles de transacción, convocar a las partes a una audiencia de conciliación y, caso de no lograrse ésta, proponer las fórmulas de acuerdo que estime justas. También las partes podrán, en cualquier estado del proceso, ponerse de acuerdo y solicitar al Tribunal que convoque una audiencia de conciliación (artículo 138).

88. En la sentencia, el Tribunal deberá aplicar los principios generales del Derecho Laboral reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo, así como los principios comunes a los Estados Miembros.

Potestad arbitral

89. Finalmente, el Tratado de Creación atribuye competencia al Tribunal para resolver, por vía arbitral, las controversias que los particulares acuerden someter a su conocimiento, a causa de la interpretación o aplicación de contratos de carácter privado que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina (artículo 38).

90. Asimismo, el Tribunal tiene competencia para resolver, por vía arbitral, las controversias que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema, o entre éstos y terceros, a causa de la interpretación o aplicación de contratos, convenios o acuerdos que se celebren entre ellos, cuando las partes así lo acuerden (artículo 38).

91. El laudo podrá ser de derecho o de equidad, según lo acuerden las partes, ser obligatorio e inapelable, y constituir título legal suficiente para solicitar su ejecución en cada Estado Miembro, de conformidad con las disposiciones de la ley interna aplicable (artículo 38).

VI | La efectividad de la tutela

92. Hasta el 10 de diciembre de 2004, el Tribunal de Justicia había dictado 58 sentencias en causas por incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados del ordenamiento jurídico comunitario. Los Países Miembros demandados en estas causas fueron los siguientes: Ecuador en 18 casos, Venezuela en 17 casos, Colombia en 13 casos, Perú en 8 casos y Bolivia en 2 casos.

93. En 45 de las 58 sentencias, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del País Miembro demandado (77.58%); en 6 declaró que el incumplimiento no se había consumado (10.34%); en 5 declaró la inadmisibilidad de la demanda (8.62%); y en 2 expedientes ocurrió el desistimiento de la acción (3.44%).

94. En cuanto a los hechos presuntamente constitutivos de incumplimiento, se observa que correspondieron a las siguientes materias: en 37 casos (63.79%), los hechos estuvieron relacionados con el Programa de Liberación; en 9 casos (15.51%), con la Propiedad Industrial; en 8 casos (13.79%), con el Arancel Externo Común; en 3 casos (5.17%), con la falta de aplicación del principio de no discriminación; y en 1 caso (1.72%), con la Competencia Comercial.

95. Pronunciadas las sentencias declarativas de incumplimiento, el Tribunal hubo de abrir; hasta el 30 de junio de 2004, un total de 39 procedimientos sumarios por desacato. En 22 de los citados procedimientos, los Países Miembros demostraron ante el Tribunal la ejecución de las sentencias y se archivó los respectivos expedientes. En 11 de los casos, el Tribunal hubo de imponer sanciones que aún están vigentes, lo que no significa que hayan sido aplicadas por los Países Miembros. Y en 5 de los casos, los Países Miembros reincidieron en el desacato de las sentencias³⁷.

³⁷ González de Troconis, Iris: trabajo inédito, 2005.

[**Derecho Internacional Privado**

La unificación del Derecho Comercial Internacional

Sixto Sánchez Lorenzo]

I | **Un juego de palabras y una realidad contradictoria, a modo de introducción**

I. Ein Volk, ein Reich, ein Recht . Este fue el grito bajo el cual se gestó la codificación alemana en el siglo XIX, tal y como recoge R. Zimmermann¹. Por descontado, fue el mismo que permitió su unificación política. En la era de la globalización, acaso debamos enardecer el ánimo hacia la unificación internacional del Derecho Comercial con un eslogan parecido. La dogmática de la globalización nos enseña el debilitamiento del Estado y, desde luego, la impropiedad de los imperios en estos albores del siglo XXI, al menos de los imperios coloniales en la concepción decimonónica que tanto ayudó a la unificación de Alemania, ansiosa de incorporarse, aunque tarde, al reparto colonial. Dado que lo que impera y destruye fronteras es en nuestra hora el mercado, quizás nuestro lema pudiera ser Ein Volk, ein Markt, ein Recht . Pero en nuestra consigna no parece encajar fácilmente el pueblo, al menos en esa concepción tan decimonónica y savignyana, pues la globalización nos muestra que frente a semejantes alardes de exaltación de la identidad de un pueblo por oposición a los demás, en la búsqueda de la consolidación del Estado, nuestra era se corresponde con una aldea global, en que más allá de la circulación de los elementos productivos, al menos del capital, las mercancías y los servicios, el auge

¹ Vid. El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho privado europeo, en *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 109

de los medios de comunicación (internet) y de transporte (migraciones) atentan esa sagrada identidad de los pueblos, preñados de elementos pluriculturales. Omitamos, pues, al pueblo, siempre tan cercano de la nación, y quedémonos con un aséptico: *Ein Markt, ein Recht*, que, aunque breve, no es poco, contra lo que pudiera parecer. Nuestra tesis que ni siquiera es una enseña bien vista por los fundamentalistas neoliberales de la globalización, pues para ellos este fenómeno debe venir acompañado de una desregulación, fruto de la incapacidad del poder político establecido, fundamentalmente los Estados, para imponer o siquiera beneficiarse de un intento de control o reglamentación. Para ellos, más correcto sería aferrarse al *Ein Markt, kein Recht* o, si quieren, buscando una mayor armonía, *kein Volk, ein Markt, kein Recht*. Es cierto que para muchos fundamentalistas, aunque más ingenuos e hipnotizados por la pureza del análisis económico, la desregulación quizás no sean tan efectiva como la competencia entre ordenamientos, que al fin y al cabo no es más que la desregulación a escala internacional y el fomento de la diversidad que permita a los ordenamientos una competitividad para atraer básicamente capital, con lo cual se decantarán por un *kein Volk, ein Markt, viele Rechte*.

No cabe duda de que el hallazgo de nuestro grito particular para la unificación internacional del Derecho Comercial se nos va complicando, aunque sigamos creyendo en que el más propicio pudiera ser *Ein Markt, ein Recht*. Al menos, quizá podamos convenir en que no hay discusión acerca de la eliminación de *kein Volk* (o la simple negación: *kein Volk*) y que, desde luego, *ein Markt* es intangible. Podríamos discutir si el lema tiene algún sentido si carece de un elemento subjetivo: ¿de qué valen los mercados y los derechos si no se cuentan con los pueblos? Pero es seguro que por este camino terminaremos en conclusiones subversivas e ideológicamente peligrosas —sobre todo para la propia supervivencia— en un mundo con pensamiento forzosamente unificado [tal vez *ein Markt, ein Gedanke, (k)ein (viele) Recht(e)*]. Es fácil caer en la tentación de sustituir el elemento subjetivo (*ein Volk*) que fue el protagonista del escenario decimonónico (*ein Reich*) por los nuevos protagonistas del nuevo escenario: las sociedades transnacionales [*wenige Gesellschaften, kein Volk, ein Markt, (k)ein (viele) Recht(e)*]. Aparte de revolucionario en demasía, el lema es poco claro y carece de la fuerza monosilábica y el equilibrio que proporciona la repetición del artículo en el trinomio decimonónico: *Ein Volk, ein Reich, ein Recht*, pero deja bien claro que el verdadero enigma se encuentra en la supervivencia de *ein Recht*. El nuevo

marco de un mercado global permite el mantenimiento de una pluralidad de derechos nacionales? Promociona incluso dicha pluralidad o, al contrario, requiere mecanismos de unificación a una escala global? Si este último es el caso, habiendo sido desplazado el poder de intervención de los Estados, aunque unos más que otros, es razonable que sean los Estados, individualmente o a través de mecanismos de cooperación internacional, quienes protagonicen dicha unificación con las mismas fuentes y técnicas normativas del siglo XIX? El juego de palabras con la que hemos iniciado esta ponencia no pretende ser una forma amable ni original de plantear una cuestión, sino que trata, simplemente, de poner de relieve, acaso con cierta ironía, que la discusión en torno a la unificación internacional del Derecho Comercial va mucho más allá de un debate sobre cuestiones de técnicas normativas o legislativas y ha de atemperarse a las demandas y necesidades sobre todo de una sociedad nueva, en un marco económico, político y social diverso al del siglo XIX, bajo cuya influencia sigue viviendo aún la ciencia del Derecho Internacional Privado.

2. El juego de palabras se conjuga además con una realidad contradictoria. Aparentemente, en la era de la globalización se justifica una natural inclinación a la defensa de la unificación del Derecho Privado y Comercial a escala universal². Dicha unificación habrá de afectar de forma directa y principal al Derecho Privado, al menos si reconocemos que el fenómeno de la globalización hace referencia primordial a la unificación del mercado, la liberalización de los intercambios comerciales y el libre tránsito de los elementos productivos. A un mercado global habrá de corresponder un Derecho Global. Por otra parte, fenómenos íntimamente unidos a la globalización, como internet y los medios universales de comunicación, crean un espacio propiamente internacional donde se desarrollan relaciones jurídicas que difícilmente pueden ser resueltas con las viejas concepciones conflictuales, asentadas en el siglo del Estado, de Hegel y de Savigny.

Por lo demás, la propia globalización como fenómeno económico y social ha provocado un aumento exponencial, mucho más que geo-

² Vid. R. Stober, *Globalisierung der Wirtschaft und Rechtsprinzipien des Weltwirtschaftsrecht*, *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1999, pp. 1.176-1.177.

métrico, en el crecimiento de las relaciones privadas internacionales o transfronterizas, que pasan a ser la regla, en lugar de la excepción, y, en muchos ámbitos a superar cuantitativamente al número de relaciones jurídicas puramente internas³.

Parece, pues, contradictorio, que las instituciones internacionales especialmente (OMC) hayan manifestado tanto desprecio a la vertiente privada de la globalización, únicamente preocupadas por las relaciones comerciales en el marco jurídico público o interestatal y en la eliminación de las barreras a determinados elementos productivos. Esta actitud invita a pensar que existe una lamentable falta de conciencia acerca de cómo el Derecho Privado Estatal y más concretamente su pluralidad en el escenario internacional puede constituir una barrera oculta a los intercambios, y en qué medida la falta de tutela procesal de los derechos económicos de los particulares puede poner en entredicho el modelo pretendido tanto o más que la ausencia de un acuerdo multilateral de inversiones. En realidad, la OMC no parece el foro adecuado para esta tarea, y su estructura jurídica responde más bien a regular las relaciones económicas entre Estados⁴. En el fondo, esta realidad contradictoria puede ayudar a explicar que hayan sido las propias instituciones privadas quienes hayan asumido el protagonismo a la hora de intentar eliminar tales barreras. Queda por saber qué grado de interés real existe en las instituciones oficiales, y quienes se ocultan tras ellas, en que fructifiquen realmente instrumentos de regulación transnacionales.

³ Vid. en este sentido J. Basedow, *The Effects of Globalization on Private International Law, Legal Aspects of Globalization*, La Haya, Kluwer, 2000, p. 5 (versión en alemán: *Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung, Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2001, pp. 410-411).

⁴ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Algunas tendencias jurídicas de la globalización*, en *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la Seguridad (Colección Escuela Diplomática, núm. 7)*, Madrid, 2003, p. 61; Id., *El Derecho internacional privado ante la globalización*, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 46-47. Cf. A. Tita, *A Challenge for the World Trade Organisation (Towards a True Transnational Law)*, *JWT*, vol. 29, 1995/3, pp. 83-90.

II | **Las fuentes tradicionales y la unificación del Derecho Comercial Internacional**

Fuentes estatales

3. Uno de los efectos de la globalización económica se refiere al declive de las posibilidades de control por el Estado del propio mercado (kein Reich?). El mercado, y la economía en su conjunto, deja de ser un fenómeno nacional, y en semejante escenario globalizado las economías se interrelacionan y los sistemas de protección del mercado nacional redundan en perjuicio de los intereses del propio Estado y de su economía. Al aseverar tal efecto, se tiene presente, ante todo, las medidas proteccionistas y restricciones u obstáculos a los intercambios de mercancías, servicios o capitales contempladas por el Derecho Económico. Resulta conveniente, sin embargo, trasladar estas reflexiones al ámbito del Derecho Privado.

Admitido como un puro dato económico, el mercado global es un escenario donde operan los intercambios entre particulares. Si semejante mercado presenta una dimensión y una realidad transnacional, es dable preguntarse el sentido que tiene operar con un régimen jurídico diseñado, en sus fuentes y técnicas normativas, para lo que J. C. Fernández Rozas ha denominado como ...el esquema demoliberal de las economías estatales⁵. Si en el marco de la superestructura del comercio internacional, los nuevos principios rectores han supuesto un desplazamiento de los modelos autárquicos nacionales, es fácil pensar que el régimen jurídico de las transacciones internacionales difícilmente puede seguir amparándose en la aplicación de unos Derechos estatales nacidos y concebidos para la realidad económica del siglo XIX.

El razonamiento, sin embargo, no es tan evidente. Contra lo que pudiera pensarse, la unificación de ciertas reglas superestructurales o jurídico-públicas del funcionamiento del mercado resulta en la práctica más factible, como demuestran los procesos llevados a cabo tanto en el marco de la integración universal (OMC) como en el propio del regionalismo (UE). Sin embargo, la unificación del Derecho Privado o, incluso, del Derecho Económico más próximo al Derecho Privado (comercialización versus

⁵ Vid. *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 39-42.

producción) se muestra mucho más renuente a ser unificado, como bien a las claras demuestra el Derecho Comunitario. Además, como se ala P.A. de Miguel Asensio, «... pese a lo que podría desprenderse de una aproximación simplista, la globalización económica no va unida con carácter general a una menor presencia del Estado, cuyas competencias en materia de orden público, garantía de la propiedad y ordenación del mercado se mantienen en lo sustancial y en ocasiones resultan reforzadas»⁶.

En realidad, los resultados prácticos de la unificación internacional del Derecho Material arroja un resultado muy pobre al día de hoy. Aunque las circunstancias vayan cambiando poco a poco, e incluso admitamos la hipótesis de una imposición en el futuro más próximo de modelos como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales —partiendo si se quiere de la hipótesis óptima, a saber, de su aplicación regular por instancias tanto arbitrales como jurisdiccionales—, no está de más preguntarse hasta qué punto los instrumentos de unificación del Derecho Comercial internacional son capaces de prescindir de los Derechos estatales. Y, con seguridad, la respuesta no va a ser tan contundente como en el ámbito del marco superestructural. Constituye un buen ejercicio, en esta dirección, detenerse en cómo juegan tales Derechos estatales en la dinámica propia y autónoma de los propios Principios UNIDROIT

4. El expreso objetivo de los Principios UNIDROIT es proporcionar un marco de reglas materiales aplicables a los contratos comerciales internacionales, incluso suplir las lagunas de la *lex contractus* o de los convenios internacionales de Derecho Uniforme que resulten aplicables⁷, además de servir como *ratio scripta* o ley modelo para la legislación estatal o internacional (Preámbulo). Sin duda los Principios UNIDROIT son un conjunto muy completo de reglas sobre los contratos mercantiles, quizás muy superior técnicamente a cualquier reglamentación nacional. Pero, al margen de las eventuales lagunas que los Principios pudieran presentar, es dable preguntarse si en sí mismos y respecto a las cuestiones contempladas son ca-

⁶ Vid. Algunas tendencias... , *loc. cit., op. cit.*, p. 58. Vid. asimismo, del mismo autor, El Derecho internacional... , *loc. cit.*, pp. 55-57; H. Koller, Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts- Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung , *ZSR*, 2000, pp. 340-342.

⁷ En relación con el Convenio de Viena vid. las reflexiones de J. Basedow, The Effects... , *loc. cit.*, p. 7; Das Internationale... , *loc. cit., op. cit.*, p. 412.

paces de funcionar sin referencia a los Derechos estatales. El propio art. 1.6 de los Principios se refiere a su interpretación e integración de forma muy prudente, pues las cuestiones no tratadas habrán de resolverse en lo posible de acuerdo con los propios Principios. No extraña, pues, que en el comentario a este artículo se contemple expresamente la referencia a un Derecho Nacional que sirva como cauce de integración residual:

Por supuesto, las partes siempre tienen la libertad para someterse a un Derecho Nacional determinado con el fin de que integre las reglas de los Principios. Una estipulación en este sentido podría expresar: Este contrato se rige por los Principios de UNIDROIT y serán completados por la Ley del país X, o bien, Este contrato será interpretado y ejecutado de acuerdo con los Principios de UNIDROIT. En todo aquello que no se encuentre reglado por los Principios se aplicará la ley del país X⁸.

Consecuentemente con dicho principio, el art. 2.13 opta por un criterio de validez del contrato cuando no se precisan cuestiones tangenciales o secundarias que pueden ser integradas con base en los hechos o en el Derecho Aplicable⁹.

Amén de esta cautela genérica, salta a la vista es que los mismos Principios incluyen múltiples referencias a los Derechos estatales y, en algunos casos, auténticas referencias a normas de conflicto. En ciertos casos, se trata de cuestiones que quedan fuera del ámbito de reglamentación de los Principios. Así, en relación con el efecto obligatorio del contrato, el art. 1.3 ...no prejuzga los efectos que el contrato pueda tener frente a terceros bajo el Derecho Aplicable¹⁰. Esta exclusión se recuerda con ocasión del tratamiento del Derecho de Restitución en caso de incumplimiento (art. 7.3.6.): al igual que los otros artículos de los Principios, el art. 7.3.6 trata de las relaciones entre las partes y no de los derechos que terceras personas puedan haber adquirido sobre los bienes en cuestión. Deberá determinarse conforme al Derecho Nacional Aplicable si, por ejemplo, un acreedor del comprador, el síndico de la quiebra, o un adquirente de bue-

⁸ P. g. 17.

⁹ P. g. 48.

¹⁰ P. g. 10.

na fe pueden oponerse a la restitución de los bienes vendidos¹¹. Igualmente, se excluyen los supuestos de nulidad del contrato por incapacidad, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad (art. 3.1)¹². Asimismo, la validez de las cláusulas inmunes a la anulación total o parcial de un contrato (art. 3.17), tales como las de arbitraje, elección de fuero o elección de la ley aplicable, escapan hacia el Derecho Nacional: ...la norma de Derecho Interno que resulte aplicable determinar si dichas cláusulas continúan vigentes a pesar de la anulación del resto del contrato¹³. O se recuerda que el procedimiento de imposición de una penalidad judicial (*punitive damage*) en virtud del art. 7.2.4. se rige por la *lex fori*¹⁴.

En otras ocasiones, el Derecho Nacional es tratado como un elemento de hecho que ayuda a interpretar o integrar el sentido de algunos Principios, confirmando a la conducta de las partes una distinta significación a tenor del modelo jurídico nacional en que acostumbren a operar. Por ejemplo, el art. 2.4 suscita la cuestión de en qué medida la fijación de un plazo puede implicar un indicio irrevocabilidad t cita. A tal efecto, los Principios se alan que ...si el oferente opera dentro de un sistema jurídico donde el se alamamiento de un plazo se considera un indicio de irrevocabilidad, se presume que al se alar un plazo el oferente tiene el propósito de mantenerla irrevocable durante ese plazo. Si, por otra parte, el oferente opera en un sistema jurídico donde el se alamamiento de un plazo para la aceptación no constituye indicio suficiente de irrevocabilidad, por

¹¹ P g. 207.

¹² Se ala el comentario a este precepto: Este artículo deja claro que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los Principios. Es el caso concreto de la falta de capacidad de las partes, falta de legitimación, inmoralidad o ilegalidad. La complejidad inherente a cuestiones relativas al estado de las personas, representación y orden público, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales aconsejan su exclusión del ámbito de aplicación de los Principios. En consecuencia, materias como la validez de los actos *ultra vires*, la legitimación de un mandatario para obligar a su mandante, la legitimación de los administradores para obligar a la sociedad y el contenido ilegal o inmoral de los contratos continúan siendo materias reguladas por la ley aplicable.

¹³ P g. 92.

¹⁴ P g. 193.

lo general no se atribuir al oferente la intención de mantener la oferta irrevocable durante dicho plazo ¹⁵. De igual modo, la contemplación prospectiva del propio sistema nacional está en la base de la caracterización como sorpresivas de cláusulas de elección de ley aplicable o de fuero que se contienen en los ejemplos que ilustran el art. 2.20¹⁶. A su vez, los efectos sobre la validez del contrato de los supuestos de imposibilidad legal sobrevinida (art. 3.3) dependen directamente de si ...conforme al Derecho bajo el cual se ha dictado la prohibición, ésta tiene el propósito de invalidar o simplemente de impedir el cumplimiento del contrato ¹⁷. De forma manifiesta, el error de Derecho (art. 3.4) se precisa a la luz de un ordenamiento estatal, y su incidencia es mayor en el tráfico externo ...debido a que las operaciones individuales pueden verse afectadas por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado ¹⁸. El Derecho Estatal como hecho determinante aparece asimismo al valorar la diligencia de las partes en la obtención de autorizaciones públicas a tenor del art. 6.1.14: La parte que debe solicitar la autorización deberá tomar todas las medidas necesarias para obtenerla, pero no es responsable ni se obliga a obtener dicha autorización. Dicha parte está obligada a extremar todos los recursos disponibles conforme al Derecho Local, siempre y cuando cuente con suficientes posibilidades de éxito y que el ejercicio de dichos recursos sea razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (v.gr., el valor de la operación, el tiempo empleado). Cuales son las medidas concretas que deberán ser tomadas dependerá de las regulaciones pertinentes y de los recursos procesales disponibles en el Estado donde se debe otorgar la autorización. Esta es una obligación de medios ¹⁹.

Pero básicamente, los Principios UNIDROIT tienen que convivir con las normas imperativas de los Derechos estatales, entendiendo por ellas no las normas de orden público interno o simplemente inderogables por contrato, sino, más estrictamente, las normas materiales imperativamente aplicable al tráfico externo, cualquier que sea la ley que rija el con-

¹⁵ P g. 33.

¹⁶ P g. 63.

¹⁷ P g. 71.

¹⁸ P g. 72.

¹⁹ P gs. 146-147.

trato, o de orden público internacional. En efecto, el Preamble de los Principios conciben su aplicación como fruto de la autonomía material, pero también de la autonomía conflictual, como auténtica *lex contractus*. Esta opción, sobre la que abundaremos más adelante, sí parece realista si se reserva el correspondiente espacio al juego de las normas de intervención de origen estatal, pero también de fuente internacional y supranacional. Este principio encuentra reflejo en el principio general contenido en el art. 1.4 de los Principios, bajo la rbrica “reglas imperativas”:

Estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado

El principio transcrito, más allá de su alcance general, se evidencia en algunas de las disposiciones y comentarios de los mismos Principios. Así, el comentario al art. 1.1. (principio de la autonomía material y de la libertad contractual) precisa con claridad la incidencia de las normas estatales que restringen la libre competencia en virtud de intereses públicos²⁰. Frente al principio de libertad de forma recogido en el art. 1.2, se reconoce que este principio “...puede ser dejado de lado, obviamente, en virtud del Derecho Aplicable [...] Tanto el Derecho Nacional como los tratados internacionales pueden imponer requisitos esenciales de forma, bien sea al contrato en su conjunto, bien a sus cláusulas individualmente consideradas”²¹. Al enunciar el principio *pacta sunt servanda* y el efecto vinculante de los contratos (art. 1.3), los Principios indican que “...requisitos adicionales para la celebración válida de un contrato pueden encontrarse en las normas de carácter imperativo del Derecho Interno o Internacional Aplicable”²². Al tratar el deber de confidencialidad (art. 2.16), se pondera que si el período en que no se debe divulgar una determinada información es demasiado largo podrá contravenir las leyes aplicables que prohíben restricciones a las prácticas comerciales²³. Asimismo, se tiene en cuenta, al establecer que cada parte asume los gastos derivados del cumplimiento

²⁰ P g. 7.

²¹ P g. 9.

²² P g. 9.

²³ P g. 56.

de sus obligaciones (art. 6.1.11), las modificaciones que resultan de las legislaciones fiscales estatales designando a un obligado al pago distinto de quien debe asumir el gasto, con el consiguiente Derecho de Reembolso. Especialmente enjundiosa es la disposición contenida en el art. 6.1.14 de los Principios en relación con las exigencias de autorizaciones públicas impuestas por la ley de un Estado como condición de validez o límite del cumplimiento del contrato. El comentario aclara que «...estos principios no se ocupan de la relevancia jurídica del requisito de obtener una autorización pública. Qué tipo de autorización es necesario obtener, en el caso de que sea necesario, se determinará conforme al Derecho Aplicable, incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado»²⁴. Y además: Los requisitos de autorización pública a los que se refiere este artículo son los que determina la ley aplicable o las regulaciones en vigor al momento de celebrarse el contrato. No obstante, estas disposiciones podrán también aplicarse a las autorizaciones públicas que pueden exigirse después de la celebración del contrato²⁵. A su vez, al reglamentar las penas judiciales o *punitive damages*, el art. 7.2.4. prevé que la sanción sea satisfecha a la parte perjudicada por el incumplimiento contractual, salvo que las normas imperativas del Derecho del Foro dispongan otra cosa. Al respecto, los comentarios recuerdan que «...los ordenamientos jurídicos difieren respecto a si la pena judicial debe pagarse a la parte perjudicada, al Estado o a ambos. En algunos ordenamientos se considera el pago de la pena a la parte perjudicada como una conducta injustificada que es contraria al orden público. Este artículo rechaza este último punto de vista y apunta a la par-

²⁴ P g. 143. Se añade: Los tribunales nacionales tienden a reconocer los requisitos de autorización pública que son impuestos por la *lex fori*, y algunas veces los prescritos por la *lex contractus*. Los tribunales arbitrales pueden gozar de mayor discreción que los tribunales judiciales nacionales para decidir las autorizaciones que deben obtenerse a los fines de la validez o ejecución del contrato. En virtud del art. 7.2 de la Convención de Roma y de otras normas de Derecho internacional privado, también pueden ser relevantes los requisitos de autorización pública impuestos por la ley de otros Estados que tienen alguna relación con el contrato. Las normas de algunos ordenamientos jurídicos que son de aplicación extraterritorial (*long-arm statutes*) también pueden establecer la necesidad de obtener una autorización pública por parte de licenciatarios o empresas subsidiarias localizadas en el extranjero. Este artículo establece la presunción de que dichas solicitudes deben ser tramitadas conforme al Derecho aplicable.

²⁵ P g. 144.

te perjudicada como beneficiaria de la pena, pero la primera frase del inciso 2 expresa que las disposiciones de orden público del Derecho del Foro podrán impedir tal solución, indicando asimismo otros posibles beneficiarios de las penas judiciales²⁶. Finalmente, las normas imperativas justifican la delimitación del régimen de los intereses de restitución contemplados en el art. 7.4.10, que ...no se ocupa del problema de los intereses compuestos, que conforme al Derecho Interno de algunos países se encuentra sujeto a normas de orden público orientadas a proteger a la parte incumplidora²⁷.

En definitiva, los propios Principios contemplan expresamente diversos supuestos en que resulta preceptivo aplicar o tomar en consideración los derechos nacionales. Los hemos expuestos únicamente como recordatorio de una realidad que va mucho más allá de estos casos, como sugiere el alcance general del art. 1.4 de los Principios, y de sus propias lagunas y problemas interpretativos. Consecuentemente, sólo desde la ingenuidad o la ignorancia puede concebirse el funcionamiento de los Principios, y de cualquier proceso actual de unificación del Derecho Privado Material, sea blanda o dura, independientemente del juego complementario o restrictivo de los Derechos nacionales y del propio Derecho Internacional o Supraestatal. Bien es cierto que sus relaciones necesitan un enfoque bien diverso, y acaso opuesto, al propio de los siglos precedidos, en que la localización del Derecho Estatal era el principio y la intervención del Derecho uniforme el fenómeno residual. Pero conviene llamar la atención sobre los límites de un funcionamiento autónomo de la *lex mercatoria*, entendida en un sentido amplio. Así, preceptos como el art. 7 del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías procuran una integración e interpretación autónoma sobre la base de los principios generales que la sustentan, antes que recurriendo a los Derechos nacionales. En tal sentido, una de las funciones de los Principios UNIDROIT está dirigida a suministrar principios para colmar lagunas y facilitar la interpretación del Convenio. Pero no puede concluirse con ello que el papel residual de los Principios UNIDROIT elimine la necesidad de recurrir a los Derechos estatales. Como hemos visto, el propio Derecho Estatal constituye, a su vez, un elemento de aplicación e interpretación residual de los mismos Principios

²⁶ P g. 192.

²⁷ P g. 226.

Fuentes Convencionales, *Lex Mercatoria* y *Soft Law*

5. La ineficiencia o insuficiencia del Derecho Estatal como medio de reglamentar las transacciones comerciales internacionales también se ha predicado respecto de los convenios internacionales como medio de unificación del Derecho Material. Esta crítica obedece en primer término a que el mecanismo de adopción de convenios internacionales se contagia de los mismos vicios que las fuentes estatales, al importar en realidad el juego de intereses estatales.

Ciertamente, en la mayoría de los casos, los mecanismos de unificación material se han basado en fuentes duras, de naturaleza convencional o legal, cuyo procedimiento de adopción se ha mostrado costoso e ineficiente. Los procesos de elaboración de convenios internacionales no sólo ha sido protagonizado por los Estados, sino por Estados que han defendido en la medida de lo posible sus intereses culturales y la imposición de su modelo jurídico. La adopción del texto uniforme se ha basado en muchos casos en soluciones transaccionales que impidieron una verdadera unificación (Derecho Ginebrino en materia de letra de cambio o cheque)²⁸, e incluso en los pocos textos que pueden considerarse exitosos (Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías²⁹ o convenios relativos al sector de los transportes o la propiedad industrial e intelectual) no faltan las lagunas y disparidades interpretativas que reflejan la guerra de modelos jurídicos que tuvo lugar durante su difícil y largo proceso de adopción.

Más que la autorregulación de los operadores (*lex mercatoria stricto sensu*), esta es la razón esencial arguida para defender una unificación internacional del Derecho Mercantil *soft*, como la que representan los Principios UNIDROIT, con frecuencia indebidamente identificados como un producto de la *lex mercatoria*.

6. En efecto, la *lex mercatoria* se nutre esencialmente de las prácticas comerciales y códigos de comportamiento elaborados por los propios

²⁸ Vid. al respecto nuestras consideraciones en *Derecho aplicable al cheque en el comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, esp. pp. 60-65.

²⁹ Vid. G. G. Letterman, *Unidroit's Rules in Practice (Standard International Contracts and Applicable Rules)*, La Haya, Kluwer, 2001, pp. 25 y 259-263.

operadores del comercio internacional. A partir de la experiencia de los servicios jurídicos de empresas con vocación transnacional, particularmente lideradas por compañías norteamericanas, y sobre la propia base del deber de armonización internacional, estas prácticas generan un cierto grado de armonización, sobre todo, de las prácticas contractuales³⁰. Sin lugar a dudas, los Principios UNIDROIT se nutren en buena medida de estas prácticas, pero no menos que se inspiran en soluciones propias de distintos Derechos estatales. Muchas de sus respuestas, además, novedosas o tributarias de un sincretismo innovador. De ahí que los Principios, como técnica de unificación *soft* (no imperativa o directamente vinculante)³¹, supongan en realidad un punto de encuentro muy potente entre la *lex mercatoria* —hasta el momento bastante inconsistente, indefinida y circunscrita al entorno arbitral— y la codificación en sentido tradicional³². Su mayor depuración técnica, fruto a la vez de la independencia y de la preparación de sus creadores, permiten salvar con mayor éxito algunas de los inconvenientes más clásicos de la unificación del Derecho Privado contractual (*ad. ex.* la concurrencia de la causa de los contratos), y se muestran más inteligentes al medio y largo plazo, flexibles y plurifuncionales. Seguramente algunos dirían que, frente a la codificación tradicional (*hard*, moderna y machista), las nuevas técnicas de armonización *soft* son más postmodernas o femeninas. Nosotros nos contentamos con afirmar que son, simplemente, más adecuadas a la realidad histórica.

7. Por otra parte, los convenios internacionales o codificación *hard* comparten con las fuentes estatales otro de los inconvenientes, que acaso

³⁰ Vid. especialmente P.A. De Miguel Asensio, *El Derecho internacional...*, *loc. cit.*, pp. 59-60.

³¹ Se trataría del concepto más general de *creeping codification* o *“schleichende Kodifikation”* empleado por K.P. Berger (*Vid. Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, Berlín, Walter de Gruyter, 1996, esp. pp. 194-209).

³² No les falta razón a quienes, como A. von Ziegler, resaltan la falta de participación de los operadores en la redacción de los Principios UNIDROIT (básicamente académicos), hecho que puede redundar en su discreta acogida en la práctica comercial. Este defecto sería el que justificaría el fracaso de normativas como las Reglas de Hamburgo de 1978 en el ámbito del transporte marítimo (*vid. Particularities of the Harmonisation and Unification of International Law Trade and Commerce, Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 879 y 881-883, esp. nota 38»).

en su día pudiera ser apreciado como un valor; a saber, su rigidez y petrificación. No es necesario insistir en el sentido político conservador de las codificaciones decimonónicas, como establecimiento y fijación de un nuevo orden social nacido de la revolución burguesa. Pero además, desde el punto de vista de la técnica legislativa, es indudable que el procedimiento de celebración de los convenios internacionales padece una rigidez y complejidad poco compatible con la necesidad de adaptar las normas a las cambiantes demandas de la realidad del mercado, con rapidez y flexibilidad. En muchas ocasiones, el laborioso procedimiento de discusión y adopción de un convenio internacional, seguido de las condiciones rigurosas para que llegue a entrar en vigor, hacen que cuando el convenio resulte aplicable ya haya quedado obsoleto. Hacer que una buena parte del convenio sea disponible para las partes, ablandar el convenio, en suma, no facilita su gestión ni su utilidad cuando resulta desbordado por la realidad.

No debe, sin embargo, minusvalorarse el empeño de los intereses estatales y de buena parte de la doctrina por endurecer el propio *soft law*. Al igual que siempre ha existido el procedimiento de legitimación o estatalización de la *lex mercatoria*, mediante su incorporación a convenios internacionales o leyes estatales, no faltan actualmente los intentos de convertir o, mejor dicho, pervertir los logros del *soft law* mediante su conversión en *hard law*. Esta tendencia es particularmente visible para la suerte de los Principios de Derecho Contractual europeo elaborados por la Comisión Lando (PECL). Los PECL siguen la senda de los Principios UNIDROIT. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialéctico, tendente muchas veces, al igual que los principios UNIDROIT, a establecer condiciones de diálogo y crear un *lexico communis*, sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización y a la tendencia a la codificación tradicional que generalmente han presidido las propuestas europeas hacia un Derecho Privado común³³. En este sentido son un claro exponente de *soft law* y en tal medida responden a la naturaleza de un *restatement*, pues no se trata de disposiciones adoptadas por el legislador

³³ Cf. las reflexiones sobre este modelo, en relación con el Derecho privado europeo, en R. Hyland: *The American Restatement and the Uniform Commercial Code, Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 55-70. Reconociendo su interés preparatorio, pero rechazando su virtualidad como técnica de unificación del DPE, en razón de su

estatal o convencional, ni están en vigor en sentido propio³⁴. A pesar de que esta naturaleza resulta expresa en su art. 1.101, en los mismos Principios se incluye (p. xxiii) el objetivo de constituir el núcleo básico del futuro Código Civil europeo, lo cual no deja de ser paradójico³⁵. El propio Landolo ha señalado infinidad de veces³⁶. La paradoja radica fundamentalmente en que la pretendida codificación, endurecimiento o conversión en *hard law* de los PECL implicar a la pérdida de lo mejor que éstos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la



incapacidad para resolver la inseguridad y la complejidad, P.Ch. Müller-Graff, EC-Directives as a Means of Private Law Unification, *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., La Haya/London/Boston, 1998, pp. 79-80. Por su parte, H. Kutz pone de manifiesto la dificultad de trasladar a Europa el modelo del *restatement* norteamericano, excesivamente casuístico incluso para una mentalidad como la inglesa (cf. *Gemeineuropäisches Zivilrecht, Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1981, pp. 495-496).

³⁴ Evidentemente, en otro sentido, los Principios UNIDROIT y los PECL presentan, frente a los *restatements* norteamericanos, un rasgo diferenciador que tiene que ver con su propio proceso de elaboración y su peculiar naturaleza. Los *restatements* norteamericanos suelen ser un compendio de la jurisprudencia y de las soluciones prácticas ya existentes en un sistema jurídico. Trata de recoger y ordenar esa práctica, pero carece de la creatividad de los PECL. En efecto, éstos se nutren de la experiencia comparada de los sistemas representados para crear una realidad legal nueva y distinta, por más que las distintas normas u opciones puedan haberse decantado o inspirado, según los casos, con mayor o menor intensidad, en un sistema o varios sistemas jurídicos concretos (Vid. M. J. Bonell, *Verso un codice europeo dei contratti?*, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181-183; J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid*, *E.R.P.L.*, 2001, pp. 39-40; R. Michaels, *Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien*, *RabelsZ*, 62 (1998), pp. 584-588; K. P. Berger, *op. cit.*, pp. 150-151). Para C. Castrovino (*Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?*, *Europa e diritto privato*, 1998-4, p. 1023) es precisamente allí donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que mientras éstos toman los datos que ya existen, aquella ha estado animada desde un principio por una perspectiva de futuro, no una perspectiva de pretérito.

³⁵ M. J. Bonell, *Verso un codice...*, *loc. cit.*, p. 171, expresa la perplejidad que esta idea ha suscitado desde el mismo momento de plantearse por vez primera.

³⁶ *Ad. ex. cf.* *Principles of European Contract Law*, *A.J.C.L.*, vol. 40, 1992, p. 577; *Why Codify the European Law of Contracts*, *E.R.P.L.*, 1997, p. 534; *The Principles of European Contract*

continua evolución, flujo y reflujo de las tendencias de reglamentación en materia contractual³⁷.

Ello no impide que, en materias distintas el régimen general de los contratos, la unificación internacional deba realizarse a través de mecanismos convencionales más tradicionales, a través de fuentes duras. Esto es particularmente cierto cuando se trata de establecer un marco de tutela judicial efectiva de alcance transnacional, donde son precisas normas convencionales de alcance procesal dirigidas, singularmente, a la eficacia extraterritorial de las decisiones y a establecer un marco mínimo de garantías procesales³⁸. Más allá de un marco puramente convencional, tampoco debe olvidarse que la unificación internacional del Derecho Público Económico y de las normas de dirección económica, singularmente las que regu-



Law after Year 2000 . *New Perspectives on European Private Law*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1998, p. 70; Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts , *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 572. Vid. asimismo D. Tallon, Les travaux de la Commission Lando , *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, 2000, pp. 119-125. Por su parte, C. Castronovo estima que tales principios son, en realidad, normas (vid. I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II , *Europa e diritto privato*, vol. 2, 2000, pp. 249-252). De hecho, semejante caracterización ha dividido a los propios padres de los principios, dividiendo incluso a los propios representantes del sistema italiano, J. Bonell y C. Castronovo, cuyos pareceres aparecen claramente contrapuestos en un intercambio directo de opiniones, el primero a favor de su consideración como *restatement*, el segundo más cercano a la tesis de O. Lando en torno a su consideración como Código. Bien es cierto que la tesis de C. Castronovo se asienta sobre un postulado muy formalista y discutible, al que ya hemos hecho referencia: que un *restatement* es, por definición, un compendio que racionaliza lo que ya existe, en tanto que los Principios son una apuesta creativa e innovadora de futuro (cf. J. Bonell, Verso un Codice... , *loc. cit.*, *passim*; C. Castronovo, Il diritto europeo... , *loc. cit.*, *passim*). En la misma dirección de C. Castronovo, en el sentido de contraponer la idea de un *restatement* compendio de jurisprudencia a la de los Principios, constitutivos de un nuevo sistema, puede citarse a G. Gandol , Per un Codice europeo dei contratti , *Riv. trim. dr. proc. civ.*, p. 785; Id.: Sul progetto de un codice europeo dei contratti , *Diritto privato comunitario (a cura di Vito Rizzo)*, vol. I, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 283).

³⁷ La alternativa *soft* o desde abajo a la comprensión de los PDCL como *hard law* defendida por O. Lando aparece expuesta con claridad por K. Riedl, The Work of the Lando Commission from an Alternative View-Point , *ERPL*, 2000, pp. 71-83, esp. 79-81.

³⁸ Vid. en este sentido P.A. De Miguel Asensio, El Derecho internacional..., *loc. cit.*, pp. 65-66.

lan la libre competencia, resulta más que aconsejable para eliminar los obstáculos que derivan de la pluralidad de regímenes estatales. En este caso, es indudable que se trata de una acción que sólo puede ser emprendida a través de mecanismos de cooperación interestatal, de naturaleza convencional o, más propiamente, institucional, en un marco como el de la OMC.³⁹

III | Globalización y regionalismo en la unificación del Derecho Comercial

8. Una circunstancia que viene asimismo a desautorizar el mecanismo de los convenios internacionales para lograr la unificación internacional del Derecho Mercantil en un mercado global, deriva de los obstáculos que impone el regionalismo al desarrollo de este tipo de fuentes, y que se evidencia, por ejemplo, en el fracaso de la mundialización de un convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones. Una de las causas esenciales del fracaso de este convenio radica en la propia participación en los foros de codificación internacional de los Estados miembros de la Unión Europea actuando como un bloque. Aunque esta actitud sea muy bienvenida y positiva para Europa —y posiblemente para el resto del mundo— en materia de política exterior o en foros como las Naciones Unidas, lo cierto es que sólo se produce en el ámbito de la codificación internacional del Derecho Privado, lastrando muchas veces la mundialización o internacionalización de ciertos convenios. La asunción de competencias exteriores por parte de la Comunidad Europea, constriñendo los poderes de los Estados miembros en la celebración de tratados internacionales, no sólo es una de las cuestiones más candentes de la integración jurídica europea⁴⁰, sino un obstáculo que puede condicionar seriamente la suerte

³⁹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *El Derecho internacional...*, *loc. cit.*, pp. 74-75; A. Montaña Mora, Posibles modelos para la regulación de la competencia en la Organización Mundial del Comercio, *REEI*, 2001/2, www.reei.org/reei2/Mora.PDF. Vid. sobre las dificultades de armonización en sede OMC y las alternativas sobre la armonización del Derecho de la competencia J. Basedow, General Report, *Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization*, La Haya, Kluwer, 2002, pp. 55-62.

⁴⁰ Vid. especialmente A. Borrás Rodríguez, Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam, *R.E.D.I.*, vol. LI, 1999/2, pp. 383-426; B. Heß, Die Europäisierung des internationalen

de la codificación internacional. Pero, con todo, este es sólo uno de los efectos negativos del regionalismo sobre la suerte de los mecanismos convencionales, afectada por otros males. El regionalismo también es un riesgo para las técnicas más modernas y prometedoras, amparadas en soluciones blandas.

9. Tomando nuevamente como ejemplo el regionalismo europeo, la consideración de los PECL como un embrión del Derecho Contractual europeo plantea dos críticas o dudas fundadas, a las que tampoco escapan difícilmente en su consideración como *soft law*. Ambas se suscitan al hilo de sus relaciones con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales⁴¹. Independientemente de la impresión que se tenga sobre la mayor o menor bondad de uno u otro *restatement*, cabe preguntarse sobre la conveniencia de un *restatement* regional, y su eventual efecto contraproducente respecto de la universalización que pretenden los principios UNIDROIT. Aunque entre ambos textos hay muchas concomitancias, lo cierto es que también hay singulares diferencias⁴². El tratamiento de este problema debe ponerse en relación con los distintos ámbitos de aplicación de cada una de las codificaciones, más que con su propia diversidad material. Frente a los Principios UNIDROIT, los PECL presentan un ámbito de aplicación material más extenso, pues pretenden ser aplicados a los contratos de consumo. En segundo término, mientras los principios UNIDROIT se aplican exclusivamente a los contratos internacionales, los PECL tienen por objetivo adicional la unificación del Derecho



Zivilprozessrechts dem Amsterdamer Vertrag — Chancen und Gefahren, *NJW*, 2001/1, pp. 30-32.

⁴¹ Casi desde el momento mismo de la publicación de la obra de UNIDROIT y de la Primera Parte de la europea comenzaron a publicarse trabajos comparativos. *Vid.* A. S. Hartkamp, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, *E.R.P.L.*, 1994/2, pp. 341-357, donde tras la comparación de ambos textos y del C.c. holandés se concluye que los Principios de la Comisión Lando son técnicamente superiores. *Vid.* también R. Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, *JZ*, 1995, pp. 477-490.

⁴² *Vid.* M. J. Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?, *Uniform Law Rev.*, 1996, pp. 235-236.

Contractual europeo en el plano interno. Si planteamos la utilidad de los PECL en relación con los contratos comerciales internacionales, parece claro que su adopción provoca una regionalización poco aconsejable, que acaba cantonalizando el Derecho Contractual europeo y perjudicando la contratación extracomunitaria y la armonización internacional del Derecho de los contratos, cuyas exigencias de eficiencia puede ser tan relevantes o más que las propiamente intracomunitarias. Es cierto, entonces, que los Principios UNIDROIT no atienden, como se alía el propio O. Lando, a las necesidades de la integración, por lo que, a efectos intracomunitarios, tal vez podría seguir defendiéndose una profundización de la unificación del Derecho Contractual europeo, tanto para situaciones intracomunitarias como internas⁴³.

Pero surge de esta reflexión una segunda incertidumbre: si nos referimos al sector de la contratación comercial internacional, entre operadores profesionales, parece claro que la autonomía de la voluntad, el mayor conocimiento del mercado, la asunción de los costes de información y las propias necesidades de ese mercado aconsejan una menor intervención y descartan la propia unificación, a favor de soluciones más flexibles y de una disponibilidad o concepción *soft* de los Principios, máxime si siempre cabe la posibilidad, en cualquiera de los dos regímenes, de la incidencia de las normas nacionales y comunitarias de intersección público. En esta tesitura, parecería más razonable impedir la duplicidad de regímenes, regional y universal, y más aconsejable centrar los esfuerzos en el diseño de un modelo de principios universales como los Principios UNIDROIT. En contrapartida, la unificación como exigencia para la integración, y como necesidad para construir un sistema de Derecho Contractual, seguiría siendo vital en el ámbito de las operaciones de consumo, precisamente donde el Derecho Privado Comunitario ha ido alumbrando los mayores problemas. En tal sentido, los PECL cobrarían sentido, respecto de los principios UNIDROIT, como un sistema más restringido de Derecho europeo de los contratos de consumo. La propuesta tiene sentido doblemente, pues no deja de resultar delicado que un mismo cuerpo o parte general de Derecho de los contratos vaya a servir indistintamente para los contratos de consumidores y para los contratos comerciales. Llegados a

⁴³ Vid. O. Lando, *European Contract Law*, *A.J.C.L.*, vol. 31, 1983, pp. 655-656.

esta conclusión, un Código Europeo del Consumo, extensible no sólo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores tales como la responsabilidad por daños o la publicidad engañosa, aparece como una opción con mayor base jurídica en las políticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantación desde arriba encontraría mayores argumentos. En contrapartida, defender la vigencia de los PECL y de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, sobre todo si se confía ingenuamente en una identidad que sólo es parcial, significa hacer un flaco favor a la seguridad y eficiencia de los intercambios internacionales y, en suma, a la causa de la unificación internacional del Derecho Comercial, entendida como unificación global.

10. En suma, la relación complementaria del regionalismo como instrumento de la globalización económica no se reproduce en el ámbito del Derecho Privado. Si la eliminación de los obstaculosos impuestos por el Derecho Económico a escala regional puede redundar en el bien de la globalización⁴⁴, no parece que el mismo efecto de pueda predicar del regionalismo cuando propone una armonización del Derecho Mercantil de alcance puramente regional. En este caso, la multiplicidad de referencias puede perjudicar la eficiencia de los intercambios comerciales y provocar costes de información y efectos disuasorios parecidos a los generados por la pluralidad jurídica estatal⁴⁵.

IV | El papel de las técnicas conflictuales

Necesidad de una superación de las soluciones conflictuales

11. El siglo XX, al tiempo que lleva a la quintaesencia las teorías del Derecho basadas en la idea de Estado (H. Kelsen), inicia la crisis del propio Estado esencialmente como fórmula jurídica, a través de procesos de integración económica, jurídica y política que no hacen más que testificar

⁴⁴ Vid. J. C. Fernández Rozas, *op. cit.*, pp. 58-63.

⁴⁵ Comparte esta reflexión P.A. De Miguel Asensio, *Algunas tendencias...*, *loc. cit.*, p. 68; C. Kes-sedjian, *Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l'Unidroit*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 668-670.

la propia evolución de la humanidad y el empujamiento del planeta ante el imparable desarrollo de las comunicaciones y de las tecnologías. Este simple hecho basta para desmitificar un procedimiento de reglamentación o toda una concepción del Derecho Internacional Privado que conocemos como conflictual. En definitiva, y al margen de otras críticas tradicionales en torno a su neutralidad, rigidez o generalidad, el hecho de resolver cuestiones transfronterizas a través de la aplicación de un Derecho Nacional repugna en sí mismo una visión más cosmopolita o globalizadora acorde con las necesidades palpables en el siglo XXI⁴⁶.

Admitido lo anterior, resulta más difícil prescindir del método que criticarlo, pues la alternativa razonable al Derecho Conflictual no puede ser otra que una unificación material del Derecho Privado a escala universal, al menos válida para regir las situaciones transfronterizas. Y es lo cierto que, hoy por hoy, en el ámbito del comercio internacional aún no se ha conseguido prescindir de forma significativa de la aplicación de un Derecho Nacional como recurso para resolver las controversias jurídicas internacionales. Las razones para explicar la resistencia de las soluciones conflictuales son diversas. Además del tradicional conservadurismo de los sistemas jurídicos y de las doctrinas que los amparan, es preciso destacar la raigambre de las diversas culturas jurídicas nacionales y, de modo particular, la tortuosa convergencia entre el *common law* y los sistemas romanogermánicos. Vinculado al hecho de la diversidad cultural, la unificación del Derecho Material sufre de forma singular los inconvenientes de la diversidad lingüística y la dificultad de proporcionar cauces eficientes de interpretación uniforme, inconvenientes que eluden las soluciones conflictuales tradicionales. Pero, sobre todo, la pervivencia del método conflictual se debe, más que a sus méritos, a los deméritos que han ido acumulando los procesos de unificación emprendidos durante el siglo XX.

La segunda circunstancia destacable aparece referida a los procesos de integración económica y jurídica supranacionales, cuyo mejor exponente es la Unión Europea. En una fase avanzada de la integración, la disolución de los Derechos nacionales sucede a la disolución original de las

⁴⁶ Desde un enfoque más crítico, no faltan, sin embargo, estudios partidarios de una comprensión del Derecho conflictual y de la norma de conflicto en clave de globalización económica, partiendo básicamente de la eficiencia de las conexiones y foros de competencia (vid. J. Carrascosa González, *Globalización y Derecho internacional privado*, liberlibro.com, sin fecha).

fronteras aduaneras, suscitando dificultades singulares, pero, sobre todo, asignando a las técnicas conflictuales un papel harto diferente.

Pero en ambos escenarios, regional y universal, la cuestión de la unificación del Derecho Material y la sustitución del método conflictual plantea en realidad la misma cuestión crucial, a saber, hasta qué punto las necesidades económicas, comerciales, sociales o la mera justicia avalan una respuesta uniforme, y en qué medida dicha respuesta es no sólo factible, sino deseable y proporcionada al esfuerzo y al abandono de las idiosincrasias nacionales. Se trata de sopesar valores de muy distinta naturaleza y gravedad diversa según la materia, los intereses, el contexto geográfico, el alcance de la propia unificación y el grado de diversidad real de los sistemas jurídicos, para lo que no existe una fórmula matemática.

12. No puede olvidarse, empero, la corriente de pensamiento que, como se alamos al comienzo, defiende la eficiencia de la pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales en un mercado globalizado. La unificación, sobre todo si viene impuesta desde arriba (*hard law*), acaba entorpeciendo una saludable competencia o competitividad entre ordenamientos, que en el mercado global puede venir ordenada merced a la autonomía conflictual, esto es, la posibilidad de las partes en orden a elegir el Derecho Estatal más atractivo y competitivo. En términos de eficiencia, lo más aconsejable resulta, precisamente, la competencia entre ordenamientos, que requiere cierta libertad a la hora de configurar las reglas que rigen en el mercado y el Derecho de sociedades, contratos, responsabilidad no contractual o derechos reales⁴⁷. Se trata de una idea que ha gozado de

⁴⁷ Vid. N. Reich, *Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?*, *CMLR*, 1992, p. 861; J. Trachtman, *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, *Harvard Int. L. Rev.*, 1993, p. 47. En palabras de la propia Comisión europea, el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero desarrolla también sus propias soluciones. No se debería subestimar la eficacia del mercado para responder a los distintos valores sociales y a la opinión pública. A resultas del comportamiento competitivo, muchos de los problemas generados por el mercado se pueden resolver automáticamente gracias a la presión que ejercen los grupos de interés afectados (consumidores, ONG, empresas). Las autoridades públicas pueden aumentar la convergencia del interés público y privado (Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, *D.O.C.E.*, 2001/C 255/01, n. m. 49). Estas consideraciones están en la base de la propia opción I (inac-

cierto predicamento al hijo de la unificación del Derecho Privado en Europa⁴⁸. Al amparo de las libertades comunitarias y de la regla de reconocimiento⁴⁹, las competencias estatales desatan una competitividad con el objeto de hacer más atractivo un determinado mercado, lo que, a la postre, conduce a carreras entre sistemas jurídicos hacia un modelo menos proteccionista y, por tanto, más eficiente para el comercio intracomunitario. Es lo que algunos han denominado 'eficiencia de la diversidad'⁵⁰.

El planteamiento resulta muy discutible, sobre todo si lo que se analiza es el Derecho Privado, menos permeable que el Derecho Público

▶
 tividad de la Comunidad), sustentada en su respuesta a dicha Comunicación por el gobierno británico, la London Investment Banking Association, el European Publishers Council, la CCI y un buen número de operadores económicos, en especial en el sector marítimo y de telecomunicaciones.

⁴⁸ Vid. E.M. Kieninger, *Wettbewerb des Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, Tübingen, JCB Mohr, 2002; U. Blaurock, *Europäisches Privatrecht*, J.Z., 1994/6, p. 272; H. Collins, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, *ERPL*, 1995, p. 355; S. Leible, *Wege zu einem europäischen Privatrecht*, policop., 2001, / 9.A.IV; O. Sandrock, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland-Europa-und die Welt*, J.Z., 1996/1, p. 7.

⁴⁹ No parece de recibo, en todo caso, hacer valer la competencia de ordenamientos como constitutiva a la regla de reconocimiento. Al contrario, resulta más lógico entender que la regla de reconocimiento aboca precisamente a la armonización como proceso de racionalización (cf. H. W. Micklitz, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts (ius commune praeter legem?)*, *ZEuP*, 1998, p. 253).

⁵⁰ Vid. U. Mattei, *A Transaction Costs Approach to the Europe Code*, *ERPL*, 1997, p. 538. El ejemplo práctico con frecuencia aducido para defender la diversidad jurídica y la competitividad entre ordenamientos es, precisamente, el principal mercado competidor de Europa: el sistema jurídico de los Estados Unidos, donde existe una diversidad jurídica que es explotada por políticos y juristas para vender los atractivos del mercado de un determinado Estado, como puede ser el paradigma de Delaware en materia de sociedades, y que conduce de forma natural a la desregulación (Cf. J. Herman, *L'expérience des États-Unis d'Amérique. Concurrence au pays des micro-brasseries: la gestion des transactions pluri-nationales aux États-Unis*, *Le droit privé européen*, Paris, 1998, p. 156; H. Kutz, *A Common Private Law for Europe: Perspectives for the reform of European Legal Education*, *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Kluwer, 1992, p. 34. M. Zuleeg, *Rechtsangleichung innerhalb und ausserhalb der Europäischen Gemeinschaft*, *ZEuP*, 1998, pp. 515-517). Para algunos autores, sin embargo, el modelo de diversidad jurídica norteamericano no resulta extrapolable

a la necesidad de competitividad⁵¹. En efecto, la competencia entre ordenamientos jurídicos ante los particulares, puede resultar acaso eficiente (atractivos fiscales, societarios, etc.) y aceptada en sectores del Derecho Económico como el Derecho de sociedades o el Derecho Fiscal, en donde las ventajas son fácil y directamente cuantificables y previsibles, sin grandes costes de información. Pero, por definición, la competencia de ordenamientos resulta a contraindicada, sino imposible, en el ámbito contractual, cuando enfrentamos a dos particulares, pues siempre existirán sistemas jurídicos distintos que beneficien a cada una de las partes, racionales y egoístas, por lo que un Derecho acordado por ambos entra a indefectiblemente en engaño por la parte mejor informada, y una comprensible desconfianza generalizada. Por otra parte, refleja una profunda contradicción desde el ángulo del análisis económico del Derecho, toda vez que uno de los argumentos esenciales a favor de la unificación proviene asimismo de tales planteamientos, particularmente en la medida en que cifran la diversidad de ordenamientos jurídicos en costes externos de información y en causa de falseamiento de la competencia, que la armonización está llamada a internalizar o eliminar⁵². La crítica definitiva, sin embargo, la proporciona la propia realidad práctica, más que las teorías. Ni la fantasía más hollywoodiana es capaz de imaginar a los contratantes del comercio internacional con pleno conocimiento de la diversidad de los Derechos privados estatales, haciendo apuestas sobre el más competitivo para regir el contrato y acaso juzgando las múltiples posibili-

►

ble a Europa. P.C. M. Iler-Graff advierte que pese a la diversidad legislativa, el Derecho privado norteamericano presenta elementos de unidad inexistentes en Europa, a saber, la disciplina de los *uniform codes* y la influencia típica del *common law*, de la *persuasive authority* jurisprudencial del *restatement*, la doctrina común, una enseñanza común basada en idénticos textos y *case-books* (Cf. *Diritto privato comunitario. Realtà in Germania e prospettive per l'Europa*, *Diritto privato comunitario*, N. poles, 1997, p. 27). El argumento, discutible en sí mismo en algunos puntos, con rama, sin embargo, la realidad de que el mercado norteamericano presenta una unidad jurídica *soft*, en ningún caso ordenada desde arriba, y tampoco oculta el hecho de que en dicho mercado existe una competencia efectiva entre ordenamientos jurídicos, que se erige como clave del sistema.

⁵¹ Vid. en este sentido J. Basedow, *Un droit commun des contrats pour le marché commun*, *RIDC*, 1998/1, pp. 20-21.

⁵² Vid. en particular S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares. 2002, pp. 145-159.

dades de *dépeçage*. Incluso en esa fantasía habría que analizar cuál sería el coste real del mantenimiento y actualización de semejante información para un operador típico. Quienes partan de algo semejante como una premisa tal vez conciben las relaciones jurídicas y la ciencia del Derecho como un puro juego, pero la realidad con la que juegan tiene poco de lúdica y se traduce en necesidades y costes reales. La prosaica práctica aparece perfectamente resumida en la siguiente reflexión de G.G. Letterman:

La unificación (*internationalization*) facilita las negociaciones contractuales y los acuerdos acerca de ciertas cuestiones auxiliares (particularmente la elección de fuero y de Derecho Aplicable) cuando las partes tienen distintas nacionalidades. Siempre ha sido práctica habitual que cada parte insista en la aplicación de su propio Derecho Nacional. En muchos casos tal insistencia no refleja una elección basada en el examen minucioso de los diferentes sistemas legales de cada una de las partes. Habitualmente, la parte que insiste en la aplicación de su propio Derecho ignora completamente el contenido y naturaleza de las leyes y sistemas jurídicos de las otras partes contratantes. Esa parte simplemente conoce su sistema jurídico y se siente cómoda con él. Cuando más de una parte insiste en que debe escogerse su propia ley, a menudo se producen graves demoras en la negociación y no es infrecuente que se llegue a frustrar el contrato. Semejante punto muerto es contraproducente para todas las partes implicadas. Es fruto de la ignorancia que lleva a una insistencia enfermiza en adoptar un sistema jurídico familiar, sin importar en qué medida los detalles de tal sistema jurídico y su aplicación al contrato en cuestión contrastan con el sistema jurídico propuesto por la otra parte. Para contrarrestar este innecesario *impasse* en la negociación, debe hallarse un compromiso entre la insistencia de cada parte acerca de uno, dos o más sistemas legales estatales en competencia. Para que sea un acuerdo factible, el sistema legal finalmente pactado debe ser familiar y aceptable para todas las partes, siendo práctica habitual acabar por escoger el sistema legal de un tercer Estado, como el de Inglaterra o Nueva York⁵³.

⁵³ Vid. *op. cit.*, pp. 4-5.

La función residual de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación global: la autonomía conflictual mercatoria

13. La referencia a un Derecho Estatal puede jugar un papel complementario o residual de cierta relevancia, no sólo para integrar aquellas lagunas del Derecho Uniforme que no quepa rellenar mediante desarrollo judicial o conceptos autónomos del Derecho Uniforme⁵⁴, o para determinar la interpretación a seguir en caso de duda sobre el alcance del texto uniforme⁵⁵. Además de estas funciones generales, el recurso a un Derecho Estatal puede responder a necesidades y objetivos más singulares, como pone de relieve las referencias a los Derechos estatales contenidas en los Principios UNIDORIT, que hemos analizado más arriba. Pero, en todo caso, la incidencia del Derecho Estatal reclamado a través de técnicas conflictuales debe jugar un papel tan residual como complementario de la armonización material. Para que esto sea así, resulta imprescindible revisar los términos clásicos de la relación entre autonomía conflictual y material, y avanzar hacia una auténtica *autonomía conflictual mercatoria*⁵⁶.

14. A pesar de la función esencial que la autonomía conflictual cumple en el comercio internacional, existe la extendida convicción de que las partes únicamente pueden elegir un Derecho Estatal. P. Lagarde, uno de los relatores del Convenio de Roma, atribuye dicha limitación al art. 3 del Convenio, que no permite a las partes la designación de la *lex mercatoria*, los Principios UNIDORIT o cualquier otro sistema jurídico no estatal, como ley rectora del contrato⁵⁷. Este criterio ha contagiado incluso el tenor de la *Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Basilea de 31 de agosto de 1991*, al dejar fuera de la autonomía conflictual la *lex mercatoria*⁵⁸,

⁵⁴ *Anwendungsergänzende Funktion* en la terminología de J. Kropholler; *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, 1975, pp. 197-204.

⁵⁵ *Anwendungsbestimmende Funktion*, *ibid.*, pp. 184-197.

⁵⁶ *Vid.* más extensamente F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, 'Con actualismo y Lex Mercatoria en el Derecho internacional privado', *REDI*, vol. LII (2000), I, pp. 15-47.

⁵⁷ P. Lagarde, 'Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention du 19 juin 1980', *RCDIP*, 1991, pp. 287, 300-301.

⁵⁸ Cf. F. Schwind, 'Die Rechtswahl Rechtswahl im IPR-Gesetz und nach der Resolution des Institut de Droit international von 1991', *ZfRV*, 1992, p. 104; F. Vischer, 'General Course on Private International Law', *R. des C.*, t.232 (1992-I), pp. 134-139.

justo al contrario que las *Conclusiones de la III Comisión del IHLADI de San Salvador de septiembre de 2002*⁵⁹. Aunque es posible que los tribunales europeos no vayan a interpretar el Convenio de Roma de una forma tan restrictiva, lo cierto es que esta limitación es comúnmente admitida por la doctrina europea⁶⁰. No extraña, por tanto, que en el propio preámbulo de los Principios UNIDROIT se advierta que cuando las partes deseen adoptar los Principios como el Derecho Aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje.

La negativa a incluir la *lex mercatoria* como objeto de la autonomía conflictual resulta si cabe menos justificada si se compara con la restrictiva autonomía privada que opera en el ámbito procesal. Por un lado, el propio Convenio de Bruselas de 27 de junio de 1968 remite la regulación de la validez formal de los acuerdos de elección de fuero en el comercio internacional a la *lex mercatoria*: en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (art. 17.I

⁵⁹ En la segunda de las conclusiones de la III Comisión (La regulación jurídica del contrato internacional) aprobadas por el XXII Congreso del IHLADI en San Salvador (8-13 de septiembre de 2002) se explicita: Las nuevas propuestas de la *Lex Mercatoria* aconsejan una superación de la restricción tradicional a la autonomía conflictual, consistente en reducir el ámbito de elección por las partes de la ley de un Estado. Debe propiciarse la posibilidad de sumisión a fórmulas precisas de la nueva *Lex Mercatoria*, como los principios UNIDROIT, incluso cuando la solución del litigio no sea arbitral. La legítima intervención de los intereses estatales se operará a través de la técnica de las normas imperativas, como sugiere el propio art.1.4... de los Principios UNIDROIT.

⁶⁰ La bibliografía es muy voluminosa y los puntos de vista doctrinales difieren ampliamente. *Vid.* entre otros, C. Reithman y D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 5ª ed., 1996, pp. 62-63; J. Basedow, Germany, *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 125, 146-147; K. Boele-Woelki, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts*, *Uniform Law Review*, vol. 1, 1996, pp. 652, 664-666; B. Dutoit, *The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, *European Private International Law*, 1998, pp. 39, 44-45; B. Fauvarque-Cosson, France, *A New Approach to International Commercial Contracts*, 1999, pp. 95, 111-113; F. Ferrari, *Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen*, *JZ*, 1998, pp. 15, 17.

c), disposición que ha sido convenientemente interpretada por varias decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶¹. Resulta paradójico que la *lex mercatoria* sea la encargada de determinar el Tribunal competente cuyas normas de Derecho Aplicable resultarán aplicadas, y no pueda determinar el Derecho Aplicable. Por otro lado, las partes no tienen límites en la elección del mecanismo arbitral, al fin y a la postre un procedimiento de justicia privada. La *Sentencia del Tribunal Constitucional español (Sala 2ª) núm. 176/1996, de 11 de noviembre*, resulta muy esclarecedora de la amplia dimensión procesal de la autonomía privada en asuntos comerciales. Por una parte se afirma que aquello que, por voluntad expresa de las partes, se difiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído del conocimiento del Tribunal Constitucional. Y más adelante se afirma respecto del arbitraje su función como medio heterónimo de solución de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1. de la Constitución Española). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el Derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Y conviene recordar que, en el arbitraje, es lícito decidir en equidad, sin referencia a sistema legal alguno.



A. Kappus, *Lex mercatoria als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht*, *IPRax*, 1993, p. 137; S. Leible, *El significado de los principios UNIDROIT para la seguridad jurídica en el comercio internacional*, *Derecho de los negocios*, sep. 1999, pp. 20. R. Michaels, *Privatautonomie und Privatkodifikation*, *Rabels Z.*, 1998, pp. 580, 596-198; J. C. Wichard, *Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte*, *Rabels Z.*, 1996, pp. 269. 282-290.

⁶¹ As., la *Sent. TJCE de 16 de marzo de 1999 (Asunto C-159/97: Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa/Hugo Trumpy Spa)* afirma que las exigencias concretas del concepto forma conforme a los usos debe valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales. *Vid. asimismo Sent. TJCE de 10 de febrero de 1997 (As. C-106/95: Mainschiffahrts-Genossenschaft Eg (MSG)/Les Gravières Rhénanes SARL)*.

Trasladando el análisis procesal al terreno de la ley aplicable, es preciso señalar que la elección por las partes de los principios UNIDROIT o de cualquier otra reglamentación privada no vulnera el principio de legalidad que caracteriza a las Constituciones de los sistemas jurídicos continentales (*ad.ex.* art. 9.3... de la Constitución Española). En el ámbito contractual, la propia voluntad de las partes tiene fuerza de ley (*ad.ex.* art. 1091 del Código Civil español), pero, sobre todo, al igual que el laudo arbitral se somete al control jurisdiccional estatal (nulidad del laudo, ejecución), la sumisión por las partes a la *lex mercatoria* no impide que puedan hacerse valer los intereses estatales a través de correcciones como el orden público (art. 16 del Convenio de Roma) o la aplicación de normas imperativas de dirección económica (art. 7 del Convenio de Roma)⁶². En efecto, el hecho de que el art. 3 del Convenio de Roma incluyera la posibilidad de elegir, como Derecho Aplicable, la *lex mercatoria*, no impediría buscar un equilibrio entre los intereses de las partes y los intereses públicos. Sin embargo, la forma de hacer valer los intereses públicos no debe ser la negación de la *autonomía conflictual mercatoria*, sino en el recurso excepcional a las normas de orden público del foro o de un tercer Estado por la vía de los arts. 7 y 16. Este es el sentido del art. 1.4 de los Principios UNIDROIT a que hemos hecho referencia más arriba.

Por otra parte, resulta bastante absurdo que el art. 3 del Convenio de Roma habilite a las partes para designar la ley aplicable de un Estado que carezca de conexión alguna con el contrato y permita un amplio fraccionamiento o *dépeçage* del contrato, y no admita la elección como ley aplicable, por ejemplo, de los Principios UNIDROIT⁶³. No tiene mucho sentido defender que detrás de un contrato siempre se encuentra la ley de un Estado que vigila celosamente la autonomía material, cuando se trata de un Estado sin conexión alguna con el contrato. Tiene más sentido afirmar que, teniendo las partes libertad para elegir la ley aplicable al contrato en un sentido amplio (autonomía conflictual mercatoria, *dépeçage*), detrás del contrato se encuentran una pluralidad de leyes estatales —no una— que pueden intervenir como leyes imperativas.

⁶² Vid. K. P. Berger, *op. cit.*, pp. 73-75.

⁶³ Vid. en este sentido particularmente B. Ancel, Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y de México, *AEDIPr*, t. II, 2002, pp. 33-45, esp. pp. 44-45.

15. En este contexto, la ley estatal aplicable al contrato en virtud de técnicas conflictuales puede desempeñar un papel exclusivamente residual, para cubrir las lagunas insuperables de la *lex mercatoria* escogida. Es posible, e incluso aconsejable, que las partes puedan escoger como ley aplicable al contrato un régimen como los Principios UNIDROIT, designando al mismo tiempo un Derecho Estatal como sistema de cierre o de cobertura de lagunas. También es más que posible que las partes incluyan una reserva o excepción de determinados preceptos de los Principios o, simplemente, los contradigan en el clausulado del contrato, con lo cual tales aspectos requieren un régimen de solución residual. La integración de estas lagunas, si las partes no designan ningún Derecho Estatal, no siempre puede llevarse a cabo con los medios que proporciona la *lex mercatoria* o el sistema de principios escogido. En tal caso no habría inconveniente alguno en recurrir a la ley estatal aplicable en defecto de elección para que fuera utilizada como medio de resolver tales lagunas. Cabe recordar que los propios Principios UNIDROIT, como se vió más arriba, hacen mención a esta necesidad en casos concretos y lo aconsejan con carácter general.

En definitiva, la autonomía conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un régimen como el de los Principios UNIDROIT, es en sí misma inocua⁶⁴. Carece de sentido concebir la autonomía conflictual como medio de designación de una ley aplicable estatal orientada a delimitar el alcance de la autonomía material. En la contratación internacional, la demarcación del alcance de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados. En consecuencia, la delimitación entre autonomía material o conflictual debe ser superada, admitiendo la posibilidad de que las partes designen como *lex contrac-*

⁶⁴ Pero aun en la interpretación restrictiva acerca del alcance de la autonomía conflictual en el Convenio de Roma, es decir, considerando la imposibilidad de una *autonomía conflictual mercatoria*, en muchos casos se trata de un falso problema. Aunque se considere como un mero pacto *inter partes* (autonomía material), como se desprende de la *Sent. Tribunal Supremo español de 3 de marzo de 1997 (RAJ, n. m. 1638)*, ningún ordenamiento jurídico negará la eficacia entre las partes de los INCOTERMS o de las Reglas y Usos Uniformes sobre Crédito Documentario, por lo que su inclusión en el contrato como mero pacto o como ley aplicable carece de trascendencia para determinar sus efectos. La referencia al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en aquellos Estados que no son parte, o la

tus un ordenamiento no estatal⁶⁵, sin perjuicio de que quepa una designación, subjetiva u objetiva, de un Derecho Estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentación no estatal. Los límites a dicha autonomía conflictual mercatoria (o sin adjetivos) los impondrá el juego de las normas materiales imperativas de alcance internacional⁶⁶.

►

sujección a los Principios UNIDROIT o a los Principios de Derecho Contractual Europeo, serán prácticas comerciales cada vez más habituales. Es discutible en qué medida determinadas prácticas comerciales internacionales no acaban integrándose en los distintos ordenamientos nacionales. En algunos sistemas, como el español, la costumbre y los usos jurídicos son fuente del Derecho, al igual que la ley. La referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho en su totalidad. Si este incorpora como parte y fuente del mismo determinadas prácticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas la que se refieren a sus relaciones con las leyes, dichas prácticas habrán de integrarse como ley aplicable. Esta posibilidad permitirá a remarcar el papel de la *lex mercatoria*, en tanto parte de la *lex contractus*, como ley aplicable al contrato (Vid. al respecto S. Sánchez Lorenzo, La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *La unificación jurídica europea* (Dir. José Manuel García Collantes), 1999, pp. 150-151). En cualquier caso, esta consideración no impide reclamar, siquiera sea *de lege ferenda*, la posibilidad de una elección directa de la *lex mercatoria* como ley aplicable al contrato.

⁶⁵ Proponiendo una reforma del Convenio de Roma en orden a la admisión de la autonomía conflictual mercatoria, vid. K. Boele-Woelki, *loc. cit.*, pp. 652 ss.; M.J. Bonell, The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law, *ERPL*, 1997, pp. 505-517, esp. p. 516. En la doctrina española destaca especialmente el estudio y la interpretación progresista de P.A. de Miguel Asensio, Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales, *Diritto del commercio internazionale*, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 872-878. Una defensa de la autonomía conflictual mercatoria se encuentra asimismo, entre otros, en B. Ancel, *loc. cit.*, pp. 44-45; O. Lando, The Principles of European Contract Law and the *lex mercatoria*, *Private Law in the International Arena: From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2000, pp. 402-403; y R. J. Weintraub, *Lex Mercatoria and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Ardsley (Nueva York), Transnational Publishers, 2000, pp. 152-153.

⁶⁶ De hecho, la autonomía conflictual mercatoria avanza en la codificación internacional e interna, como demuestra el art 9 de la Convención Convenio Interamericano sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 17 de marzo de 1994: El tribunal tomará

La función residual de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación regional

16. Al margen de su propia función, especialmente en el marco de la creación de un espacio judicial europeo y de la cooperación judicial en materia civil, el Derecho Internacional Privado y, en concreto, las técnicas conflictuales, están llamadas a cumplir una función esencial en el proceso de unificación del Derecho Privado en Europa⁶⁷. El problema del Derecho Aplicable aparece esencialmente ligado a un Derecho Privado Uniforme que pretende aplicarse especialmente a situaciones privadas transfronterizas intracomunitarias, pero también, en ocasiones, extracomunitarias.

►

en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomar en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Dentro de las fuentes de origen estatal, se dan recientes ejemplos que apuntan una evolución de las normas conflictuales en el sentido indicado. La reciente Ley de Derecho Internacional privado de Venezuela (Gaceta Oficial de la República de Venezuela n.º 36.511, de 6 de agosto de 1998. *Vid.* los comentarios de T.B. de Maekelt, *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales privatrecht*, *Rabels Z.*, 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307 y 330-331), tras reproducir en los arts. 29 y 30 el régimen de Derecho aplicable a los contratos previsto en el Convenio de México, añade un art. 31 con el siguiente tenor: Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando correspondan, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. En el ámbito del arbitraje, la nueva legislación panameña (Decreto Ley N.º 5, Gaceta Oficial de 19 de junio de 1999, N.º 23/836, p. 190) aporta ya una referencia mucho más concreta a la *lex mercatoria*, donde aparece una mención directa a los Principios UNIDROIT, al prever que: El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT.

⁶⁷ Sobre las funciones del Derecho internacional privado en el marco del Derecho privado europeo *vid.* especialmente J. Basedow, *Europäisches Internationales Privatrecht*, *NJW*, 1996/30, pp. 1.921-1.929. Sobre la variedad de relaciones entre el DIPr y el Derecho comunitario, *vid.* A. Saggio, *Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario*, *Rivista di diritto europeo*, 1996/2, pp. 215-233.

El uso de las Directivas reclama, tal vez con mayor fuerza, la presencia de normas de Derecho Aplicable. De un lado, la falta de eficacia directa de las Directivas y la necesidad de su transposición, implica que, en supuestos transfronterizos, siga siendo preciso determinar la ley nacional aplicable, al objeto de localizar la normativa de transposición de la Directiva que debe regular el supuesto concreto. Por otra parte, especialmente en supuestos con conexiones extracomunitarias, susceptibles de quedar regulados total o parcialmente por la ley de un tercer Estado, necesitamos reglas o principios de Derecho Internacional Privado que ayuden a establecer el ámbito de aplicación espacial, incluso extraterritorial, de las disposiciones de Derecho Privado contenidas en las Directivas. En todo caso, además, el hecho de que las Directivas no proporcionen una regulación completa, habiliten estándares nacionales de mayor protección o, simplemente, permitan opciones diferentes de transposición, aconseja el recurso a un Derecho Nacional que pueda aplicarse de forma no solo directa, sino también residual, para cubrir lagunas.

Los Reglamentos vinculados al Derecho Privado suelen plantear otro tipo de relación con el Derecho Internacional Privado. Hasta la fecha, la v a reglamentaria, sustentada en la base jurídica del art. 308 CE, habilitaba lo que J. Basedow denomina Derecho Privado europeo facultativo⁶⁸, es decir, normas que no armonizan el Derecho Privado de los Estados miembros, sino que tienden a superar las diferencias irreconciliables entre los Derechos nacionales mediante la creación de instituciones de Derecho Privado propiamente europeas (marca europea, Sociedad Anónima Europea, Agrupación Europea de Interés Económico...). En relación con el régimen material contenido en estos reglamentos, el Derecho Internacional Privado despliega una función más bien de índole complementaria, permitiendo el recurso a un Derecho Nacional residual, con el fin de cubrir eventuales lagunas de reglamentación.

17. La reciente eclosión en el marco comunitario del Derecho Privado derivado, tanto contenido en Directivas como, en menor medida, en

⁶⁸ Vid. sus reflexiones en *Europäisches... , loc. cit.*, pp. 1.926-1.927. También, P. De Miguel Asensio, *Integración europea y Derecho internacional privado*, RDCE, 1997/2, pp. 435-436.

Reglamentos, requiere un Derecho Conflictual comunitario para su propia y específica aplicación⁶⁹.

La cuestión es particularmente relevante por lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial de las Directivas; algunas de ellas contienen normas expresas de delimitación espacial, particularmente las más recientes y referidas a la protección del consumidor⁷⁰. Otras muchas Directivas no contienen un delimitador espacial expreso. La razón de que ni reglamentos ni la mayoría de las directivas contengan delimitadores espaciales tal vez se encuentre en que, habitualmente, su contenido aparece referido a cuestiones de Derecho Público o económico, donde la competencia del órgano predetermina la aplicación de su propio Derecho (*Gleihlauf*). Pero como bien indica J. Basedow, semejante solución no resulta operativa en materia de Derecho Privado, por lo que no debe extrañar que las normas de delimitación espacial hayan aparecido en las Directivas sobre contratos de consumo que son, tal vez, las únicas Directivas de Derecho

⁶⁹ El problema es distinto a la posibilidad de incluir normas de conflicto en el propio Derecho privado derivado, como pueden ser las contenidas en las Directivas sobre contratos de seguro o bienes culturales, que vienen a complementar el Convenio de Roma en supuestos excluidos de su ámbito de aplicación o a proporcionar reglas de Derecho internacional privado en ámbitos concretos (derechos reales sobre bienes culturales restituidos).

⁷⁰ Es el caso, por ejemplo, del art. 6.2 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad; art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro; art. 12.2 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros; art. 7.2 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías): Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando este

Privado Puro⁷¹. No obstante, a pesar de que el legislador comunitario no haya incluido normas expresas de delimitación espacial en determinados actos normativos de Derecho Derivado, la extensión de su aplicación a supuestos internacionales debe limitarse, por lo que es preciso establecer por vía de desarrollo judicial cuáles son los casos en que los intereses del mercado interior exigen la aplicación de las normas materiales del Derecho Privado Comunitario, incluso si la ley de un tercer Estado resultare aplicable al fondo.

Este es precisamente el desarrollo judicial que lleva a cabo, respecto de la Directiva 86/653 (agencia comercial) la *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (As. C-381/98: "Ingmar")*. La sentencia se refiere a un litigio entre una sociedad británica (Ingmar) y otra californiana (Eaton) por las cantidades que reclamaba la primera, en su condición de agente comercial, en razón de la terminación del contrato de agencia. Dicho contrato contenía una elección expresa de la ley del estado de California. El agente reclamaba los derechos garantizados por los arts. 17 y 18 de la Directiva comunitaria y su aplicación al caso. El TJCE comienza afirmando el carácter de normas imperativas de la Directiva⁷² (fundamentos 21^o-22^o)

▶
 presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros. Para un planteamiento más detallado de esta cuestión *vid.* especialmente el estudio de S. Leible, *Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EV und in EG-Richtlinien, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392 (antes de la sentencia *Ingmar*), así como el de R. Michaels y H.G. Kamann, *Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts — Amerikanisierung des Gemeinschafts IPR?*, *EWS*, 2001/7, pp. 301-311. *Vid.* asimismo K. Kreuzer, *La communitarisation du droit international privé: les acquis et les perspectives*, *Droit Global Law. Unifier le droit; un rêve impossible?*, Paris, 2001/1, pp. 119-122. Más superfluas y prescindibles son las consideraciones críticas de P. Vareilles-Sommières, *Un droit privé européen*, *Le droit privé européen (dir. P. De Vareilles-Sommières)*, Paris, 1998, pp. 145-147.

⁷¹ *Vid.* J. Basedow, *Europäisches*, *loc. cit.*, p. 1924.

⁷² En relación con la Directiva 89/104 (marcas), la *Sent. TJCE de 20 de noviembre de 2001 (Ass. C-414 a C-416/99)* con rama en el mismo sentido que puesto que corresponde al legislador comunitario determinar los derechos del titular de una marca en los Estados miembros de la Comunidad, no cabe admitir la aplicabilidad de disposiciones legales, en concepto de ley aplicable al contrato de comercialización fuera del EEE, para limitar la protección conferida al titular de una marca por los artículos 5, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva.

y su vinculación al derecho de establecimiento y al mantenimiento de una competencia no falseada en el mercado interior (fundamento 24º)⁷³. Por esta razón, el TJCE declara la aplicabilidad al caso de la Directiva y construye una norma de delimitación espacial en su favor cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato.

En conclusión, las Directivas presentan por definición un ámbito de aplicación espacial limitado a situaciones que se conectan al mercado comunitario. Semejante delimitación espacial puede producirse, como hemos visto, de forma explícita en la propia Directiva o debe resultar de la interpretación que lleve a cabo, especialmente, el TJCE. Tales normas de las Directivas, al igual que aquellas que presentan un contenido material, deben ser transpuestas al Derecho Nacional, y la práctica demuestra que pueden serlo de muy distinta forma⁷⁴.

18. La primera y tal vez primordial función que cumplen las normas de Derecho Conflictual Derivado a la que hacemos referencia, es servir como reglas delimitadoras de la aplicación de las Directivas frente a las leyes de terceros Estados (*outward conflict rules* en el sentido expuesto por P. Basedow⁷⁵). Así, las normas de conflicto nacionales e incluso comu-

⁷³ Para A. Font i Segura, la imperatividad y extraterritorialidad de la Directiva radica más bien en los intereses vinculados al Derecho de la competencia (normas ordopolíticas o de dirección) que a la protección del agente (normas de protección), ECJ 9 November 2000. C-381/98- Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies Inc., *The European Legal Forum*, 3-200/02, pp. 178-179. *Id.* al respecto del distinto juego de los intereses protegidos las reacciones de R. Freitag y S. Leible, *Internationales Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie — Europäisches Handelsvertreterrecht Weltweit?*, *RfW*, 2001/4, pp. 291-293; R. Michaels y H.G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, pp. 303-307.

⁷⁴ Acerca de los problemas de transposición de las normas de delimitación espacial contenidas en las Directivas sobre contratos de consumo, *vid.* R. Freitag y S. Leible, *Von den Schwierigkeiten der Umsetzung kollisionsrechtlicher Richtlinienbestimmungen*, *ZIP*, 1999/31, pp. I.296-I.301.

⁷⁵ *Id.* EC Regulations in European Private Law, *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, p. 29; *Id.*: *Europäisches*, *loc. cit.*, pp. I.925-I.926.

nitarias relativas a un contrato de consumo o de *timesharing* podrán conducir a la aplicación de la ley de un tercer Estado. Disposiciones como el art. 6 de la Directiva 93/13 (cláusulas abusivas), 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*), 12 de la Directiva 97/7 (contratos a distancia) o 7 de la Directiva 1999/44 (venta y garantías), o la propia *Sent. TJCE de 9 de noviembre de 2000 (Ingmar)*, tratan de extender la aplicación de las disposiciones de las Directivas, y la protección del consumidor o agente, frente a lo que eventualmente pueda disponer la ley del tercer Estado aplicable. En algunos casos, dicha defensa parece operar únicamente en caso de elección por las partes, pero, en principio, y sobre todo si las propias Directivas no disponen nada al respecto, la cuestión se suscita de igual forma si la designación del Derecho del tercer Estado proviene de una conexión objetiva aplicable en defecto de elección por las partes⁷⁶. De hecho, las disposiciones de las Directivas aparecen como normas imperativas de alcance extraterritorial en el sentido del art. 7 CR, siendo tales preceptos o jurisprudencia los encargados de delimitar el ámbito de aplicación o *Anwendungswille* de la normativa material comunitaria⁷⁷.

19. Sin embargo, aunque la aplicación espacial de una Directiva permite afirmar un principio genérico de interpretación conforme del Derecho de un tercer Estado, no resulta directamente aplicables, por lo que es necesario establecer un criterio de aplicación espacial que permita

⁷⁶ Vid. las reflexiones de R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 309.

⁷⁷ Para algunos autores, la asimilación con el art. 7 CR puede resultar discutible, no sólo por las reservas a la aplicación de dicho precepto por parte de algunos Estados miembros, sino porque, según una corriente de pensamiento, dicho precepto sólo ampara la aplicación de normas imperativas de dirección o ordopolíticas, como las que regulan la libre competencia, pero no de normas de protección o referidas a intereses privados tales como la protección del agente o del consumidor (cf. R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 309). Una alternativa a esta solución y a la necesidad de normas y criterios de aplicación especial no puede fundarse, como han puesto de relieve R. Freitag y S. Leible, en una aplicación siquiera analógica del art. 33... CR, cuya función tiene más que ver con los límites de la autonomía actual y el alcance de la autonomía material, y cuyo concepto de normas imperativas nada tiene que ver con la imperatividad internacional y sólo con el concepto de normas de imperatividad interna (vid. *Internationaler Anwendungsbereich...*, *loc. cit.*, p. 290; Cf. R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 311).

identificar la ley nacional que transpone la Directiva cuya aplicaci3n debe anteponerse al Derecho del tercer Estado. El problema es similar a la forma de delimitar la versi3n de la Directiva aplicable en supuestos intracomunitarios, donde se enfrentan eventualmente dos versiones transpuestas de la misma Directiva. El Derecho Conflictual intracomunitario (*inward conflict rules*)⁷⁸ sirve en estos casos para delimitar no s3lo la legislaci3n del pa3s de un Estado miembro aplicable, incluidas las normas transpuestas de la Directiva, sino tambi3n el Derecho Nacional que pueda cubrir y rellenar las lagunas que puedan derivarse de la reglamentaci3n comunitaria. Cuando el supuesto se rige por un Derecho Extranjero, como en el caso *Ingma* lo l3gico ser3a interpretar que el criterio de conexi3n estrecho con el territorio de un Estado miembro como delimitador de la voluntad de aplicaci3n, como norma imperativa (art. 7 del Convenio de Roma), de la normativa de transposici3n de la Directiva correspondiente a dicho Estado. As3, si el criterio o uno de los criterios para la aplicaci3n de la Directiva de agencia comercial es el lugar de la actividad del agente, el hecho de que tal actividad se haya desplegado en el Reino Unido justifica la aplicaci3n de la legislaci3n brit3nica de transposici3n de la Directiva, ya se trate de la *lex fori* o de la ley de un tercer Estado.

20. Mayores problemas plantea la cuesti3n en supuestos estrictamente intracomunitarios, aunque pueda parecer m3s sencillo. De un lado, parece que la ubicaci3n del supuesto *intra muros* har3a innecesaria la norma de delimitaci3n espacial, puesto que, fuera cual fuese la legislaci3n nacional aplicable, si se trata de la ley de un Estado miembro, se supone la aplicaci3n de las normas materiales de dicho Estado que han adaptado la Directiva. Sin embargo, un primer problema se plantea si la ley del Estado miembro que resulta aplicable no contiene la transposici3n de la Directiva, debiendo ser aplicada en un Estado que s3 la ha transpuesto⁷⁹. En el fon-

⁷⁸ Vid. EC Regulations... , *loc. cit., op. cit.*, p. 29; Id., Europ3isches... , *loc. cit.*, pp. 1.925-1.926.

⁷⁹ Se trata de los c3lebres casos conocidos como Gran Canaria en el Derecho alem3n, referidos a supuestos litigiosos suscitados ante los Tribunales alemanes, normalmente entre ciudadanos alemanes, por contratos de consumo celebrados en Espa3a (Islas Canarias) fuera de establecimiento mercantil, y sujetos al Derecho espa3ol, cuando no se hab3a procedido —como correspond3a— a la transposici3n de la Directiva 85/577. Vid. en relaci3n con esta cuesti3n R. Michaels y H.G. Kamann, *Grundlagen...* , *loc. cit.*, p. 302.

do, el supuesto se asemeja *solo a priori* a aquellos casos en que resulta de aplicación el Derecho de un tercer Estado. Y decimos *solo a priori* porque puede darse la circunstancia, por ejemplo, de que tratándose de la aplicación de la Directiva de agencia comercial, el Estado miembro cuya ley es aplicable y que no ha transpuesto la Directiva sea, precisamente, el del país donde el agente tiene su establecimiento. En tal caso, las autoridades del Estado miembro cuyos Tribunales conocen (*lex fori*) deben hacer valer los derechos reconocidos en la Directiva incluso frente a la ley de ese Estado. Evidentemente deben intentar una interpretación conforme del Derecho del otro Estado miembro, pero, si no fuera posible reconocer los derechos contenidos en la Directiva, pueden justificar sus propias normas de transposición en virtud del correctivo de orden público.

Si la Directiva ha sido correctamente transpuesta por la ley del Estado miembro que resulta aplicable en virtud del sistema conflictual, en principio estas normas de Derecho Aplicable sirven para designar la transposición de la Directiva que debe regir la situación intracomunitaria, hecho que tiene cierta relevancia si se repara en que muchas Directivas *solo* introducen obligaciones de armonización mínima o, al fin y al cabo, permiten cierto margen de oscilación entre los Derechos nacionales. En la práctica, sin embargo, tampoco estos supuestos son pacíficos, pues las normas de conflicto, incluso de fuente comunitaria, pueden verse afectadas por la forma en que las legislaciones estatales han transpuesto o delimitado el ámbito de aplicación espacial de las Directivas, incluso las normas expresas de delimitación espacial⁸⁰.

⁸⁰ As, el art. 9 de la Directiva 94/47 (*timesharing*) establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro. A la hora de transponer la Directiva, la legislación de un Estado miembro puede prever la aplicación de su normativa de transposición en dos casos: cuando el inmueble esté situado en su Estado y cuando estando situado en el extranjero el contrato se celebra por ciudadanos de nacionalidad o residencia común en dicho Estado. Con ello, el Estado en cuestión cumple el mandato de la Directiva, pues está aplicando los derechos en ella reconocidos en ambos casos, pero su norma de delimitación implica la aplicación imperativa de sus normas materiales de transposición de la Directiva en supuestos en que el inmueble esté situado en otro Estado miembro. No debe extrañar que se haya defendido, con rigor, la necesidad de un sistema de ley aplicable uni-

La complejidad que introducen tales situaciones en la determinación final de la ley aplicable avalan un diseño del Derecho Conflictual europeo, al servicio del propio Derecho Material Unificado, que vaya más allá de semejante conjunto de disposiciones aisladas y de aplicación difícil y escasamente previsible⁸¹.

V | Conclusiones

21. En conclusión, la globalización apunta necesariamente a una unificación progresiva del Derecho Comercial. Mientras el Derecho Público Económico encontrar esa unificación en cauces convencionales o institucionales, el Derecho Privado, específicamente el Derecho Contractual, habrá de hacerlo a través de técnicas de *soft law*. Difícilmente, sin embargo, la unificación internacional del Derecho Material podrá prescindir absolutamente de los Derechos estatales⁸². Aunque la autonomía conflictual deba abrirse a las fuentes genéricamente incluidas en el concepto de *lex mercatoria*, los Derechos Estatales no sólo se impondrán de forma excepcional, como Derecho Imperativo, sino que están llamados a cumplir una función residual en la interpretación y aplicación del Derecho Uniforme de alcance universal, a no trenzada a las técnicas conflictuales. En los

►

cado para la aplicabilidad de las Directivas comunitarias de Derecho privado a situaciones transfronterizas: *vid.* F. Esteban de la Rosa, La aplicación de las Directivas comunitarias de Derecho privado a las situaciones transfronterizas, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa* (ed. S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero), Madrid, Dykinson, 2003, esp. pp. 199-204.

⁸¹ Quizás ello justifique, más que cualquier otra cosa, que al hilo del problema se haya hablado de la americanización del Derecho internacional privado europeo (*vid.* R. Michaels y H. G. Kamann, *Grundlagen...*, *loc. cit.*, p. 311).

⁸² La primera de las conclusiones de la III Comisión del XXII Congreso del IHLADI (San Salvador, 2002) reza como sigue: Se considera que el desarrollo de las nuevas tecnologías y la contratación comercial internacional a través de Internet abundan en la necesidad de orientar el régimen jurídico de la contratación internacional hacia fórmulas universales de carácter material. La globalización exige un nuevo enfoque, tanto de los problemas de competencia judicial internacional, como de las cuestiones de Derecho aplicable, imponiéndose técnicas de *soft law*, que, hoy por hoy, no pueden a no prescindir de técnicas con actuales.

procesos de unificación regional, especialmente en la Unión Europea, el Derecho Internacional Privado conflictual aun cumplir una función esencial en la delimitación especial *ad intra* y *ad extra* del Derecho Comunitario. Pero este regionalismo, cuando pretenda ir más allá de las necesidades integradoras creando cuerpos de principios generales de los Derechos de los contratos, plantear un serio obstáculo a la armonización internacional del Derecho Comercial que, en el ámbito de la contratación, nunca deberá perder de vista la necesidad de obtener resultados de alcance auténticamente universales.

El tiempo dictar su Ley, y por mucho que su transcurso sea vertiginoso, tampoco alcanzamos a ver en el horizonte cercano, acaso por fortuna, un panorama tan ingenuo y sencillo como aquel que entra a la máxima: *Ein Markt, ein Recht*.

[**Derecho Internacional Privado**

La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia argentina

Amalia Uriondo de Martinoli]

Intento con estas reflexiones colaborar en el homenaje que, en este volumen, mis colegas y yo rendimos a la eminente ejemplaridad del querido Maestro Dr. Carlos Febres Pobeda. La trascendencia continental de su magisterio jurídico justifica este esfuerzo. Resulta gratificante constatar que, en estos tiempos de penuria, personalidades como la suya—fundante de optimismo—viene a confirmarnos en la perseverancia por hacer que los parámetros del Derecho logren ordenar los múltiples y polifacéticos aspectos del tejido siempre confuso de las relaciones humanas. Escribo este trabajo con la alegría de poder agradecer al eminente maestro su testimonio de entrega y servicio a la docencia jurídica, a quien se lo devuelvo con palabras su proverbial se or o.

I | Introducción

En un mundo que se caracteriza por la tendencia de los Estados a flexibilizar sus fronteras y alcanzar la integración en el terreno jurídico por medio de convenios internacionales, cobra especial relieve el mutuo auxilio que pueden prestarse las autoridades que ejercen la función jurisdiccional en otros Estados con la finalidad de administrar justicia.

La cooperación jurídica internacional engloba toda aquella actividad de naturaleza procesal desarrollada en un Estado, al servicio de un

proceso incoado o a incoarse ante extra a jurisdicci3n¹. La cooperaci3n puede consistir en la transmisi3n de notificaciones y comunicaciones que es preciso canalizar en territorio extranjero, la ejecuci3n de una diligencia probatoria, extendi3ndose su contenido a las solicitudes de informaci3n del derecho de un pa3s a los tribunales de otro. Existe tambi3n la posibilidad de requerir la adopci3n de medidas cautelares o precautorias en un pa3s diferente de aqu3l en donde se tramita el proceso. Con relaci3n al reconocimiento o ejecuci3n de una resoluci3n extranjera, mayoritariamente se la excluye del contenido de la instituci3n aunque, en sentido amplio, tambi3n sea necesaria la cooperaci3n para que la sentencia goce de eficacia extraterritorial². Debo puntualizar que de no existir la asistencia judicial internacional, se frustra a el buen fin del proceso en el que se sustancia una situaci3n del tr3fico jur3dico externo- imposibilidad de realizar notificaciones, diligenciar pruebas, etc.

Precisamente, el inter3s que moviliz3 a los primeros delegados a las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, ha sido el de ofrecer las respuestas jur3dicas que, en dicho3mbito, requieren los nuevos tiempos. Asimismo, cabe mencionar las Convenciones Interamericanas de Panam3 de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Recepci3n de Pruebas en el Extranjero y sus Protocolos Adicionales de 1979 y 1984, respectivamente; las Convenciones de Montevideo de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, y Prueba e Informaci3n acerca del Derecho Extranjero. Conviene asimismo citar las Convenciones de Montevideo de 1989 sobre Restituci3n Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias y la de M3xico de 1994 sobre Tr3fico Internacional de Menores, cuyos objetivos s3lo pueden concretarse a trav3s de la efectiva cooperaci3n entre las autoridades de distintos Estados.

Para fijar el r3gimen jur3dico en el sector de la asistencia judicial internacional, ha de estarse en primer t3rmino, a lo dispuesto en los convenios internacionales en los que Argentina es parte. La primac3a de los

¹ Tellechea Bergman, Eduardo La cooperaci3n Jur3dica Internacional de mero tr3mite y probatoria , en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, obra dirigida por Angel Landoni Sosa, Fundaci3n de Cultura Universitaria, Universidad de la Rep3blica de Montevideo, 1997, pp. 149/164.

² P3rez Milla, Javier, *La notificaci3n judicial internacional*, Ed. Comares, Granada 2000, p. 6.

convenios es excluyente y deriva directamente de lo prescripto en la primera parte del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional —luego de su reforma en 1994—, al expresar que los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Sin que ello implique desconocer que dicha primacía, ya había sido reconocida por nuestro país el 27 de setiembre de 1983 cuando, mediante ley 22.921, se autoriza al Ejecutivo Nacional a ejercer su poder jurídico de ratificar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado³, cuyo art. I establece: La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho Interno.

Es por eso, que los comentarios tienen como objetivo poner de manifiesto la aplicación de las Convenciones elaboradas en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado —CI DIP— por parte de nuestros tribunales; y la posibilidad que éstos tienen de rehusar el cumplimiento de un exhorto o desconocer la eficacia extraterritorial de un pronunciamiento foráneo cuando está en juego el orden público internacional argentino.

A tal efecto, efectuaremos un somero examen de las disposiciones contenidas en algunos de los convenios sobre cooperación internacional. Seguidamente, desglosaremos las sentencias pronunciadas por las distintas instancias judiciales del país en orden a destacar las siguientes cuestiones: identificación de las fuentes convencionales aplicables al caso concreto; y la cláusula de orden público internacional.

³ Son también Estados parte: Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

II | **Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias**

Se ha visto ya, que la cooperación internacional en la realización de la justicia llama la atención de los Gobiernos de los Estados Miembros de la OEA, encontrando su primera regulación en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado—Panamá 1975— mediante la adopción de reglas comunes para el cumplimiento y tramitación de los exhortos o cartas rogatorias entre los Estados Partes⁴.

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación material, se aplica a materias civil o comercial, aunque el convenio faculta a los países ratificantes a declarar que dicho ámbito se extiende a la tramitación de exhortos o cartas rogatorias que se refieran a materia criminal, laboral, contencioso-administrativo, juicio arbitral u otras materias objeto de jurisdicción especial (art. 16). El auxilio comprende la realización de actos procesales de mero trámite —notificaciones, citaciones, emplazamientos— o la recepción u obtención de pruebas e informes en el extranjero. Quedan excluidos los actos que impliquen ejecución coactiva.

Los exhortos o cartas rogatorias, que podrán ser tramitados por las propias partes interesadas, por vía judicial, diplomática, consular, o por la Autoridad Central designada⁵, deberán ir acompañados de la documentación que se entregará al citado notificado o emplazado (v. gr. copia autenticada de la demanda y sus anexos, y de los escritos y resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada; información escrita acerca de cuál es el órgano jurisdiccional requirente, etc.).

⁴ La Convención, que entró en vigencia el 16 de enero de 1976, ha sido ratificada por la República Argentina luego de su aprobación por ley 23.503 (B.O. 16/10/87). Depositaron también los respectivos instrumentos de ratificación: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En el año 1987 España depositó el instrumento de adhesión. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

⁵ Las vías diplomática o consular, a través de la Autoridad Central o por los tribunales de las zonas fronterizas, acreditan sin necesidad de legalización la autenticidad de las rogatorias remitidas por su intermedio.

Asimismo, deberán ajustarse a las exigencias formales, procesales y sustanciales especificadas en el texto. Las primeras están destinadas a asegurar la autenticidad del instrumento —legalización, individualización del tribunal exhortante—; su comprensión —traducción al idioma oficial del Estado requerido—; y cumplimiento— identidad del apoderado de la parte solicitante.

Dentro de las procesales corresponderá a incluir la información de los términos de que dispone la persona afectada por la medida para actuar; las advertencias que le hiciera el órgano requirente sobre las consecuencias que entrañar a su inactividad, y la tramitación especial o la observancia de formalidades adicionales solicitadas por este tribunal.

El requisito sustancial, alude a la causa tradicional de denegación de la solicitud por contrariedad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro exhortado.

La atribución de las costas y demás gastos del trámite y cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias, correrán por cuenta de los interesados, pudiéndose obtener, sin embargo, el beneficio de pobreza conforme a las leyes del Estado requerido.

Finalmente, de modo expreso aclara que la prestación del auxilio no implicará de manera definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare.

Con la finalidad de fortalecer y facilitar la cooperación internacional en materia de procesos judiciales, en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana, celebrada en Montevideo en 1979, se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención antes citada⁶. El cuerpo normativo crea documentos y establece reglas procesales adicionales para facilitar la diligencia de los exhortos o cartas rogatorias bajo la Convención, con excepción de las actuaciones procesales para la recepción y obtención de pruebas en el extranjero.

Luego del sucinto examen del marco convencional, avanzaremos sobre las resoluciones pronunciadas por nuestros tribunales bajo el alero de esa normativa.

⁶ El Protocolo vincula a Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

CNCiv., sala I, febrero 24-2000- “Garramone, Esteban I. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s/exhorto”⁷

a) Los hechos y antecedentes del caso

El Juez del Tribunal Superior del estado de California (EEUU-Condados de Orange), mediante exhorto, invocando la Convenci3n Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, solicit3 al tribunal argentino competente la recepci3n de una declaraci3n testimonial a prestar por una persona llamada Mariana Solanet a trav3s de un interrogatorio escrito. Presentado el exhorto en debida forma por los autorizados para su diligenciamiento, la juez *a quo* design3 audiencia a efectos de obtener la declaraci3n de la testigo.

En ese acto, la declarante manifest3 su condici3n de hija del demandado, raz3n por la cual, el juzgado argentino a cargo del auxilio judicial internacional resolvi3 que: en virtud de lo dispuesto por el art. 427 del C3digo Procesal Civil y Comercial de la Naci3n que no autoriza la declaraci3n como testigos de consangu3neos o afines en l3nea directa con las partes, salvo en caso de reconocimiento de firmas, y de conformidad con lo establecido por la ley 23.481 en su art. 2⁸, no procede la declaraci3n de la testigo Mariana Solanet por lo que se excluye su testimonio .

El representante de la parte actora al fundar en la alzada su apelaci3n sostuvo: a) que el principio de cooperaci3n judicial que inspira la

⁷ Publicado en el Diario *El Derecho* de 14 de setiembre de 2000, con nota a fallo de Ra l Alberto Ramayo El auxilio judicial internacional argentino en materia de declaraci3n de testigos . Un desarrollo profundizado sobre este tema puede verse en Feldstein De C3rdenas, Sara L., Conocimiento y prudencia: dos virtudes reunidas en un fallo aleccionador , *Colecci3n de an3lisis jurisprudencial - Derecho Internacional Privado y de la Integraci3n*, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, pp. 513/521.

⁸ Debe sealarse que la ley 23.481 (B.O. 22/4/87) s3lo aprueba la Convenci3n Interamericana sobre Recepci3n de Pruebas en el Extranjero y consta de dos art3culos, de los cuales el 2... es de mera forma. La disposici3n a la que alude el magistrado es el art. 2 del instrumento internacional, el cual exige al Estado requerido de diligenciar el pedido cuando fuere contrario a sus disposiciones legales. El convenio cuenta con la rati3caci3n de Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, M3xico, Panam3, Paraguay, Per3, Rep3blica Dominicana, Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero debe prevalecer sobre lo dispuesto por el art.427; b) que el art. 2 del citado convenio no resuelve la cuestión ...pues no se trata de un medio probatorio prohibido ni está en juego el orden público, pues Rodolfo Solanet no reviste el carácter de demandado, tal como podría considerarse para la ley argentina ; c) que el testigo puede aportar elementos a la investigación judicial; d) que no medió oposición de los interesados; y e) que de acuerdo a lo establecido por el art. 8 de esta Convención, el cumplimiento del exhorto no implicar en definitiva el compromiso de reconocer la validez o de proceder en el futuro a la ejecución de la sentencia que se dictare.

En su dictamen, el Fiscal de Cámara se expidió a favor de la confirmación de la resolución apelada a tenor del art. 2, apartado primero, de la mencionada Convención, que dispone que no se cumplirá la diligencia solicitada en el caso de que fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohiban. Asimismo, citó el art.5, según el cual los exhortos o cartas rogatorias relativos a la recepción u obtención de pruebas se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido; y el art. 16, que faculta a ese Estado a rehusar el cumplimiento del exhorto cuando sea manifiestamente contrario a su orden público. En consecuencia, ...haciendo mérito de la prohibición contenida en el art. 427 de la ley procesal se alía, que la misma se encuentra fundada en la preservación de la familia, siendo dicha prohibición absoluta y de orden público, no pudiéndose prescindir de ella aun mediando conformidad de partes .

b) Sentencia de la Cámara

El pronunciamiento del tribunal de apelación gira en torno a tres cuestiones esenciales:

- **Identificación de la fuente normativa a tener en consideración para la resolución del caso correspondiente**

La Cámara comienza declarando que no resulta aplicable al caso la Convención Interamericana invocada por los representantes de los actores y por el Fiscal de Cámara. Reconoce que el requerimiento de la cooperación judicial de otro país para obtener la declaración de un testigo queda comprendida dentro del ámbito material de aplicación de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranje-

ro, adoptada por la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado—Panam 1975—la cual ha sido aprobada por la ley 23.481, y luego ratificada por Argentina. No obstante ello, concluye que esta no resulta aplicable al supuesto por la falta de ratificaci3n del pa3s del magistrado requirente (EEUU).

La materia bajo tratamiento resulta, entonces, encuadrada en la Convenci3n Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, producto, al igual que la anterior, de la actividad de la Primera Conferencia, la que s3 ha sido ratificada por ambos Estados y, precisamente, fue el convenio invocado por el juez exhortante⁹. De acuerdo al alcance del texto convencional, este se aplica a los instrumentos de cooperaci3n judicial internacional expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los3rganos jurisdiccionales de los Estados Partes y que tengan por objeto: a) la realizaci3n de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b) la recepci3n y obtenci3n de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva al respecto (art. 2).

- **El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**

Determinada la fuente normativa a tener en consideraci3n para la resoluci3n de la causa, el tribunal de apelaci3n se detiene a precisar los alcances que cabe asignar al impedimento legal para que puedan prestar declaraci3n testimonial determinadas personas (art. 427). A tal fin, se alista los tres aspectos que en materia de prueba suelen distinguir la doctrina y las normas del Derecho Procesal Internacional con miras a determinar la ley aplicable a los mismos: la admisibilidad de la prueba y la apreciaci3n o valoraci3n probatoria, quedan sujetas a ...la ley de fondo que regula el acto jur3dico materia de juicio ; mientras que la tramitaci3n o diligenciamiento se rige por las reglas procesales del Estado requerido (*lex fori*)¹⁰.

⁹ Conforme a las reservas hechas al ratificar la Convenci3n sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Estados Unidos asume las relaciones que se derivan de este tratado3nicamente con respecto a los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido a esta Convenci3n y a su Protocolo Adicional del a3o 1979, entre los que vimos se encuentra la Rep3blica Argentina,

¹⁰ Esa es tambi3n la soluci3n contenida en los arts. 1 y 2 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. El primero fue ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Per3 y Uruguay; Colombia adhiri3. El segundo ha sido ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay; entre estos Estados sustituye al Tratado anterior de 1889.

Sobre esta base, la alzada considera que el citado art. 427 no debe ser atendido como Derecho Aplicable a la cuestión en que se trata de obtener en nuestro país una declaración testimonial a requerimiento de un tribunal estadounidense, ya que el ámbito de aplicación de la ley procesal del juez argentino se encuentra limitado a lo que pueden denominarse como cuestiones procedimentales, y ciertamente este ...es el ámbito a que se refiere el art. 10 de la Convención, bajo el claro título de *Tramitación*. Por consiguiente, la admisibilidad de la testimonial de parientes de las partes, en línea recta, se rige por la ley extranjera que regula este aspecto.

- **El art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el orden público internacional argentino**

La última cuestión se relaciona con la posibilidad de denegar el auxilio solicitado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 17 de la Convención, que faculta al Estado requerido a rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a su orden público.

La Cámara considera que el art. 427 del Código Procesal es una disposición de orden público, que consagra la prohibición legal para que determinadas personas puedan ser ofrecidas como testigos. Esta conclusión la lleva a examinar si el principio de protección de la armonía y solidaridad familiar; que informa el impedimento legal contenido en dicho artículo, puede catalogarse también como un principio de orden público internacional. De esa calificación derivan distintas consecuencias: en el primer supuesto, la norma no puede ser derogada por la voluntad de las partes (CCivil, art. 21); en el segundo, el tribunal requerido estar a facultado a rechazar la aplicación de la legislación extranjera; a denegar el reconocimiento o ejecución de sentencias de ese origen; o el cumplimiento de actos de auxilio judicial internacional.

El tribunal descarta la última posibilidad, por cuanto sostiene que no existe en el Derecho del Foro una norma que acuerde al art. 427 la característica de ser una disposición de orden público internacional; y que la tendencia de la más moderna legislación internacional es concebir a esta excepción, no como disposición sino como un conjunto de principios básicos del ordenamiento del foro. A renglón seguido añade, que la concepción de orden público internacional ...como característica de disposiciones se encuentra, salvo precepto legal expreso, en franca retirada en el Dere-

cho Comparado y en la opini3n de los autores iusprivatistas ¹¹, destacando su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento, por lo que s3lo cabe acudir a ella en casos extremos. Adem3s, la incompatibilidad de la legislaci3n extranjera con el ordenamiento del foro debe ser manifiesta, seg3n lo dispuesto por el art. 17 de la Convenci3n de cuya aplicaci3n se viene tratando.

La alzada resalta la inexistencia de una norma o criterio un3nime en el pa3s, habida cuenta de su organizaci3n federal y la facultad reservada a las provincias para legislar en materia procesal. Es por ello que, parafraseando a Werner Goldschmidt manifiesta que: "...ninguna norma extranjera infringe el orden p3blico, si an3loga norma se encuentra admitida en el Derecho Provincial donde lo hubiere ¹². En relaci3n espec3fica con el auxilio judicial internacional, al examinar cuestiones vinculadas con el orden p3blico, sigue al mismo autor que dice no creer que tomar declaraci3n a un testigo pariente en l3nea recta de una de las partes lo conculque¹³.

Sobre la base de estos razonamientos, la C3mara considera que la producci3n de la prueba testimonial solicitada por el juez estadounidense, no es contraria, de manera manifiesta, al orden p3blico internacional argentino, por lo que resuelve revocar la resoluci3n del *a quo* y devolverle los autos.

• Importancia e implicancias del fallo

La C3mara llama la atenci3n que en el seno de la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado exista una superposici3n de reglamentaci3n en materia probatoria, pues resulta injustificable haber incluido el tema de la recepci3n y obtenci3n de pruebas e informes en el extranjero en la Convenci3n sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, debido a que la materia hab3a sido objeto de un r3gimen espec3fico en un tratado independiente. Con incuestionable acierto, apunta en palabras de Parra Aranguren¹⁴, que esta superposici3n, fruto del

¹¹ CNCiv., sala I, abril 20, 1995, Martov, Samuel s/sucesi3n ab-intestato, apar.VII-segundo p3rrafo, ED, 162-598.

¹² Goldschmidt, Werner, *Suma de Derecho Internacional Privado*, 2...ed, p. 99.

¹³ Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5...Ed. Depalma, Bs. As., 1985, p. 479.

¹⁴ Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificaci3n del Derecho Internacional Privado en Am3rica*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jur3dicas y Pol3ticas, Caracas, 1982,ps.337/8.

apresuramiento y ausencia de un análisis coordinado de los diversos proyectos en el ámbito de la CIDIP I, constituye una innecesaria fuente de dificultades.

En un contexto internacional que tiende a la integración en el terreno jurídico por la ratificación de convenios internacionales, sobresale la particular preocupación que revela la Cámara por resaltar el carácter excepcional del orden público internacional. En efecto, si bien reconoce que el orden público aparece como un principio necesario del que no puede prescindirse, destaca su excepcionalidad para casos de indispensable defensa de principios absolutamente necesarios del ordenamiento del Estado requerido. Asimismo, advierte que dicha incompatibilidad no funciona en cualquier grado sino que debe ser manifiesta, ya que esta exigencia constituye un criterio común acogido por otros instrumentos internacionales.

CNCiv. sala J, agosto 25-1998, “N., S.R. y O.R.M. s/divorcio”¹⁵

La reseña de este fallo procura brindar otro ejemplo en el que los tribunales argentinos analizan el ámbito material de aplicación de los convenios internacionales, en orden a identificar la fuente normativa aplicable al caso concreto.

a) Los hechos y antecedentes del caso

En la sentencia de divorcio los cónyuges acordaron todo lo relativo a la tenencia del hijo menor, régimen de visitas, alimentos y liquidación de la sociedad conyugal. Ante el incumplimiento de lo convenido en materia alimentaria y la pasividad demostrada por el padre del menor, se lleva a cabo el apercibimiento mediante la traba de un embargo sobre los fondos que pudieran existir en la cuenta de titularidad o cotitularidad del alimentante en el Bank of America —EEUU— y la retención y depósito directo en autos de una suma de dinero en concepto de alimentos.

Con el propósito de efectivizar la medida dispuesta, se ordena el libramiento de un exhorto diplomático conforme a lo establecido en el art. 2 inc. a) de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas

¹⁵ *El Derecho*, 184-35.

Rogatorias¹⁶. Asimismo, se dispuso el libramiento de una rogatoria —en los t3rminos del inc. b) del antedicho art3culo— para requerir al Internal Revenue Service Center, que informe si el demandado es titular o cotitular de cuentas corrientes, cajas de ahorro, de dep3sito, acciones, bonos, todo valor o bien que pudiera encontrarse a su nombre (art. 2, inc. b).

El exhorto librado con motivo del embargo antes referido fue devuelto, porque en atenci3n a lo informado por la Autoridad Central del pa3s requerido, no era posible cumplimentar lo solicitado por ir...m s all del tipo de asistencia legal que se puede proveer bajo la ley y la pr3ctica de los Estados Unidos de Am3rica. Por lo tanto sugiere contrate los servicios de un abogado de tal jurisdicci3n.

La informaci3n solicitada por el segundo de los exhortos se alados, no fue brindada por una cuesti3n de confidencialidad.

Frente a ello, la actora pretende el libramiento de un nuevo exhorto, a trav3s del cual se persegua la traba de la medida cautelar ordenada sobre los fondos existentes en la cuenta referenciada. En orden a fundamentar su petici3n cita tambi3n, la Convenci3n Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares adoptada por la CIDIP II en la ciudad de Montevideo en el a3o 1979¹⁷; la Convenci3n sobre Reconocimiento y Ejecuci3n en el Extranjero de la Obligaci3n de Prestar Alimentos¹⁸; y la Convenci3n sobre los Derechos del Ni3o de 1989, la cual comparte con la Constituci3n Nacional la misma jerarqu3a (art. 75, inc. 22).

La resoluci3n negativa del juez *a quo*, motiva el recurso que —en representaci3n de su hijo menor— interpone la demandante.

b) Sentencia de la C3mara

- **Identificaci3n de la fuente normativa a tener en consideraci3n para la resoluci3n del caso correspondiente.**

El tribunal resolvi3 confirmar el pronunciamiento que rechaz3 la pretensi3n de la actora, a fin de que se librara un nuevo exhorto a los mis-

¹⁶ Ver nota 4.

¹⁷ La Convenci3n ha sido rati cada por la Rep3blica Argentina luego de su aprobaci3n por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). Tambi3n la rati caron: Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Per3 y Uruguay. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

¹⁸ A trav3s de la ley 17.156 (B.O. 10/11/67) se autoriz3 la adhesi3n a la Convenci3n adoptada por la Conferencia de la ONU reunida en la ciudad de Nueva York en 1956.

mos fines y efectos que el devuelto. En tal sentido, sostuvo que el objeto de la medida pretendida quedaba fuera del ámbito de aplicación de la citada convención, ya que no se trataba de un acto procesal de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos (art. 2, inc. a); y porque se establece una expresa prohibición respecto a actos que impliquen ejecución coactiva (art. 3).

No obstante descartar la aplicación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos —a causa de la falta de ratificación de Estados Unidos de Norteamérica—, consideró que dicha normativa no modificaba lo expuesto. El Preámbulo expresa que su finalidad, es establecer los medios conducentes para resolver las graves dificultades legales y prácticas que suscita la ejecución en el extranjero de decisiones relativas al cumplimiento alimentario. Pero ello, no autoriza a disponer la reiteración de una cuestión que ya fue contemplada en el país requerido. Cuyo resultado, es el comunicado por la Embajada de la República Argentina en los Estados Unidos.

Con respecto a la invocada Convención sobre los Derechos del Niño, la Cámara concluyó que no sería aplicable por haber excedido el menor la edad dieciocho años, que es el límite de protección que el texto establece al principio de su articulado. Asimismo afirmó, que la citada Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares ha sido ratificada por la República Argentina, más lo cierto es que no lo fue por los Estados Unidos de América.

Atento a que no se advierte que por el hecho de reiterar lo solicitado, se pueda obtener una respuesta distinta a las brindadas con motivo de las rogatorias anteriores, se decidió confirmar lo resuelto por el magistrado de grado.

III | **Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros**

En esta ocasión, abordaremos el tema referido a los efectos que pueden desplegar las decisiones pronunciadas en otro Estado que resuelven asuntos que afectan a particulares o sujetos que actúan en calidad de tal. Se trata de decidir si se acepta o no la solución que a una determinada cuestión ya ha proporcionado una autoridad extranjera. No podemos dejar de señalar que la ausencia de reconocimiento de dichas resolucio-

nes perjudicar a la continuidad en el espacio de las soluciones jur3dicas, convirti3ndose en soluciones claudicantes —v3lidas exclusivamente en el territorio del pa3s en que han sido dictadas e inv3lidas fuera del mismo¹⁹—, lo que importar3a la negaci3n del objeto y funci3n del Derecho Internacional Privado: la continuidad de las relaciones jur3dicas en el espacio²⁰.

El sistema argentino sobre la eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras cuenta con una pluralidad de reg3menes jur3dicos: a) Convenios multilaterales generales, cuyas disposiciones son aplicables a un conjunto amplio de materias; b) Convenios bilaterales; c) Acuerdos elaborados en el marco del proceso de integraci3n econ3mica; y d) R3gimen de producci3n interna.

Cuando al juez nacional se le solicita el reconocimiento y ejecuci3n de una decisi3n extranjera, esta pluralidad de reg3menes le plantea la necesidad de determinar cu3l es el convenio aplicable al caso concreto, pues ya tuvimos la oportunidad de advertir que s3lo podr3 apelarse a la normativa interna en defecto de regulaci3n convencional.

Para resolver el conflicto entre tratados sucesivos concernientes a la misma materia, se estar3a lo dispuesto por las cl3usulas de compatibilidad contenidas en sus textos respectivos²¹, y a la aplicaci3n del convenio m3s favorable a la eficacia de la sentencia. Por ejemplo, el art. 35 del Protocolo de la Le3as de 1992²² establece que no restringir3 las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscritas anteriormente entre los Estados Partes del Mercosur en tanto no lo contradigan. Cabe, entonces, aludir a la Convenci3n Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, adoptada por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, en la ciudad de Montevideo, en el a3o

¹⁹ Calvo Caravaca, Alfonso L., y Carrascosa Gonz3lez, Javier, *Introducci3n al Derecho Internacional Privado*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 470.

²⁰ Fern3ndez Rosas, Jos3 Carlos y S3nchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, Primera Edici3n, Civitas, Madrid 1999, p. 253.

²¹ Conf. art. 30. 2 de la Convenci3n de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

²² A trav3s del Protocolo los Estados Parte—Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay— se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperaci3n jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (art. 1).

1979²³, que vincula a los cuatro Estados del bloque regional, aunque es dable advertir que en pocos supuestos podr hacerse efectiva tal salvedad ya que los legisladores de la integraci n la tomaron como modelo²⁴. Tampoco se puede perder de vista que la Convenci n tiene un mbito de aplicaci n m s restringido, ya que excluye la materia administrativa contemplada por aqu l.

As , es posible observar que desde los Tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940 que s lo comprend an los asuntos civiles y comerciales²⁵, progresivamente se fue ampliando a los pronunciamientos dictados en procesos laborales, administrativos e inclusive penales en materia de reparaci n de da os y restituci n de bienes (art. 18 del Protocolo de Las Le as).

Ante la ausencia de cl usulas de compatibilidad, las relaciones entre los Estados que son parte de los convenios sucesivos sobre la misma materia se rigen por la regla de la temporalidad, esto es, prevalece el posterior sobre el tratado anterior; cuyas disposiciones se aplican nica- mente en la medida que sean compatibles con las del tratado posterior²⁶.

En l neas generales, los acuerdos internacionales prescriben similares condiciones —formales, procesales y sustanciales— a ser verificados por el juez requerido para conferir eficacia dentro de su territorio a las resoluciones jurisdiccionales pronunciadas en otro Estado Parte.

Con relaci n a los recaudos formales que deben cumplir la sentencia y la documentaci n anexa —autenticidad, traducci n si correspondiere y legalizaci n— tambi n se han operado cambios dirigidos a acelerar el tr mite, por ejemplo, en el Protocolo de La Le as la legalizaci n no resulta exigible porque se ha convenido que la tramitaci n sea realizada a trav s de las autoridades centrales (art. 2).

²³ La Rep blica Argentina rati c la Convenci n luego de su aprobaci n por ley 22.921 (B.O. 27/9/83). Son tambi n Estados partes: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, M xico, Paraguay, Per , Uruguay y Venezuela. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

²⁴ Se alejan de la Convenci n cuando suprimen: a) la exigencia de la legalizaci n, al prever la tramitaci n v a Autoridad Central; b) que el demandado sea notificado o emplazado de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efectos; y c) cuando a aden la excepci n de litispendencia y cosa juzgada.

²⁵ La reforma introducida en 1940 incluy los asuntos contenciosos-administrativos (art. 3).

²⁶ Conf. art. 30. 3 de la Convenci n de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Desde el perfil de los requisitos procesales, el r3gimen convencional e interno coinciden en exigir que el tribunal sentenciador tenga jurisdicci3n en la esfera internacional para conocer y juzgar en el asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efectos²⁷. En la medida que se controla a tenor de los criterios atributivos de jurisdicci3n directa del foro de reconocimiento y no del ordenamiento del cual proviene la sentencia, surge con nitidez la adhesi3n a la doctrina bilateralista como m3todo de control de la jurisdicci3n internacional extranjera²⁸.

Junto a esta condici3n, se mencionan la notificaci3n en debida forma legal y con tiempo suficiente para que el demandado pueda organizar

²⁷ Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, inc. a); CIDIP de 1979, art. 2, inc. d); Protocolo de Las Le3as, art. 20, inc. c); C3digo Procesal Civil y Comercial de la Naci3n, art. 517, inc. l... Corresponde dejar en claro que la mencionada Convenci3n Interamericana es un convenio simple, porque s3lo ja las reglas de reconocimiento de las decisiones judiciales. Es por ello, que para lograr una e caz aplicaci3n de su art. 2 inc. d), en la Tercera Conferencia Especializada celebrada en La Paz, Bolivia, en 1984, se adopt3 la Convenci3n sobre Competencia en la Esfera Internacional para la E3cacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras que establece un marco normativo con el 3n de evitar conflictos de competencia entre sus Estados Parte. Conviene tambi3n se3alar que esta aspiraci3n se ha prolongado en el tiempo, pues cuenta con una 3nica rati3caci3n —M3xico— y a3n no entr3 en vigencia. Inf. www.oas.org del 8/02/05.

²⁸ La otra doctrina es la unilateralista con sus dos variantes: simple, en virtud de la cual se examina la jurisdicci3n internacional del tribunal extranjero seg3n los criterios atributivos de jurisdicci3n directa de su propio ordenamiento; doble, que consiste en la veri3ficaci3n de la jurisdicci3n internacional del tribunal de origen de la sentencia con arreglo a sus propios criterios atributivos de jurisdicci3n directa, no obstante, autoriza al Estado requerido a denegar el reconocimiento cuando invada la jurisdicci3n internacional exclusiva del foro. Ver Calvo Caravaca, Alfonso, La sentencia extranjera en Espa3a y la competencia del juez de origen, 1986, p. 58 y ss.

En su comentario al fallo de 21 de marzo de 1989 pronunciado por la C3mara Nacional Civil sobre la petici3n de reconocimiento de un divorcio extranjero y la correspondiente inscripci3n de la extinc3n del matrimonio en el registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Radzysinski, Alejandro expresa que el caso M., A.A.E. y Y., G.S., sugiere un original par3metro de control —de notoria inclinaci3n liberal— en raz3n del cual toda vez que la jurisdicci3n internacional argentina de car3cter exclusivo no sea conculcada, corresponde reputar satisfecho el recaudo del art. 517 del c3digo procesal y juzgar en consecuencia al pronuncia-

su defensa en el proceso desarrollado en el Estado de origen; y el carácter de ejecutoriada o fuerza de cosa juzgada que debe revestir la decisión²⁹.

Finalmente, en iguales o parecidos términos, se establecen los motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución:

a) la incompatibilidad de la sentencia con otra pronunciada con anterioridad o simultáneamente en el Estado requerido, entre las mismas partes, sobre la misma causa e identidad de objeto³⁰.

b) el carácter manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido de reconocimiento o ejecución. A diferencia de la anterior condición, es un principio que se reitera en la legislación internacional e interna³¹.



miento foráneo —a este respecto— susceptible de reconocimiento en el país. Es pertinente aclarar que los peticionantes de nacionalidad extranjera —la cónyuge alemana y el marido británico— contrajeron matrimonio en la República Argentina y posteriormente mudaron su domicilio a Londres, donde obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial. La disposición que reglamenta la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos para conocer en causas de disolución matrimonial (C. Civil, art. 227) no consagra el carácter exclusivo de la misma por la localización del último domicilio conyugal efectivo o del domicilio del cónyuge demandado en territorio patrio, ver *El Derecho*, t. 137-401/410. Ahora bien, la localización en nuestro país de los dos criterios atributivos de jurisdicción internacional motivó al Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba a rechazar el diligenciamiento del exhorto y a anticipar la ineficacia de la sentencia extranjera de divorcio, reputando al tribunal alemán incompetente dado que, en el caso, la jurisdicción internacional argentina se impone con carácter de exclusiva, TS Córdoba, sala contenciosoadministrativo-diciembre 21/1989 B., B. c.D.de B., L.E., La ley- Córdoba, 1990- 789.

²⁹ Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, incs. b) y c); CIDIP de 1979, art. 2, incs. e), f) y g); Protocolo de Las Leñas, art. 20, incs. d) y e); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, incs. 1) y 2).

³⁰ Protocolo de Las Leñas, art. 22; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, inc. 5. Los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, ni la Convención Interamericana de 1979 contemplan este presupuesto del reconocimiento y del exequatur.

³¹ Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, art. 5, inc. d); CIDIP de 1979, art. 2, inc. h); Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. f); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 517, inc. 4).

Frente al reconocimiento global de todos los pronunciamientos de la sentencia extranjera, la Convención de 1979 admite incluso la posibilidad de que haya un reconocimiento parcial cuando esta no pueda tener eficacia en su totalidad, es decir, admitiéndolo con relación a ciertos pronunciamientos independientes entre sí contenidos en el fallo³².

El breve recorrido por las condiciones establecidas en las fuentes de origen internacional como en las de origen interno, se justifica porque ello nos permite intentar realizar un análisis adecuado de la eficacia en Argentina de una sentencia pronunciada en un Estado Parte de un instrumento convencional.

**CS, octubre 15-1996- "Riopar, S.R.L. c.
Transportes Fluviales Argenrío, S.A. s/exhorto"³³**

a) Los hechos y antecedentes del caso

El juez de la República de Paraguay cursó una rogatoria al juez argentino a fin de que se oficiase al Registro Nacional de Buques para la cancelación de una hipoteca naval que gravaba las embarcaciones que fueron subastadas en un juicio ejecutivo sustanciado en ese país, siendo la firma Riopar S.R.L. adjudicataria de los bienes en aquel remate.

Por decisión de primera instancia, se negó el libramiento del oficio al Registro Nacional de Buques para la cancelación de la hipoteca naval que gravaba las embarcaciones subastadas por orden judicial en la República de Paraguay, debido a que el acreedor hipotecario, notificado por oficio, careció de la oportunidad de conocer la sentencia de remate dictada en jurisdicción extranjera en tiempo útil como para organizar y presentar la defensa de sus derechos con anterioridad a la subasta pública que tuvo lugar el 19 de enero de 1993.

³² El reconocimiento parcial está contemplado específicamente en el art. 23 del Protocolo de Las Leñas. Dentro de las más modernas legislaciones americanas nos parece oportuno recordar su recepción por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

³³ Diario *El Derecho* 1... de abril de 1997, con nota a fallo de Palacio, Lino Enrique. Algunas reflexiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicación de tratados internacionales. Un análisis detallado de la temática sobre la que versa el fallo puede verse en Felds-

La sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó lo resuelto en la instancia anterior. Contra dicha sentencia, la firma Riopar S.R.L. —adjudicataria de los bienes en el remate— interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue concedido.

b) El pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

No obstante considerar que la decisión del *a quo* no revestía el carácter de sentencia definitiva, el Alto Tribunal juzgó que debe ser equiparada a tal a los efectos de la apelación extraordinaria, pues entra a la negativa al cumplimiento de la rogatoria cursada por un juez extranjero, comprometiendo la observancia por el Estado Nacional de sus obligaciones internacionales.

Declaró, asimismo, formalmente admisible el recurso extraordinario, en razón de hallarse en juego la interpretación y aplicación del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940³⁴ y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, siendo la decisión contraria al derecho que el apelante fundó en tales convenios.

• El orden público internacional

Admitido el recurso, la Corte se alzó que la extensión de la eficacia de la resolución judicial dictada en la República de Paraguay estaba condicionada a la satisfacción de ciertos recaudos establecidos en los tratados que unen a ambos Estados, ...algunos de los cuales pueden ser verificados de oficio por el juez requerido, entre ellos, la compatibilidad de lo actuado y resuelto con los principios y leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución (art. 2, inc. h, de la Convención Interamericana; art. 5, inc. d, del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940).

En ese sentido, el tribunal expresó que el silencio y falta de intervención del acreedor hipotecario en el juicio ejecutivo llevado a cabo en



tein de Cárdenas, Sara L., Reconocimiento y ejecución extranjeras: la delicada pero decidida intervención del orden público internacional, Colección de análisis jurisprudencial, ob. cit., pp. 478/495.

³⁴ En vigor entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

el extranjero, afectan el principio del debido proceso adjetivo consagrado en el art. 18 de la Constituci3n Nacional³⁵ que integra el orden p blico internacional argentino y a l debe conformarse todo procedimiento que concluya en la sentencia dictada por autoridad judicial extranjera con efectos extraterritoriales en la Rep blica. A la luz del art. 2, inc. f) de la Convenci3n Interamericana —que condiciona la extensi3n de la eficacia de la sentencia fuera del territorio dentro del cual fue emitida a que se haya asegurado la defensa de las partes — resolvi que, a pesar que los tratados aplicables no prev n plazos procesales, pues ello corresponde al Derecho Interno del Estado donde tiene lugar el procedimiento, las formas procesales deben cumplirse de manera que no se frustre su finalidad esencial. En consecuencia, corresponde al juez del Estado requerido ponderar si, en la especie concreta, la citaci3n fue regular y dio posibilidad real de asegurar la defensa de la parte, sin que ello implique incurrir en una revisi3n de fondo .

En suma, la Corte decidi3 confirmar la sentencia apelada atento a que la orden judicial de extinguir, sin debate, la hipoteca naval regularmente constituida y registrada en el Estado de la bandera que el buque y las barcasas ten an al tiempo de los hechos, coloca en indefensi3n a la parte beneficiada por la garant a real y afecta principios constitucionales que integran el orden p blico internacional argentino (arts. 17 y 18 de la Constituci3n Nacional).

IV | Reflexiones Finales

La intensificaci3n de las relaciones privadas internacionales, producto del desarrollo de los medios de comunicaci3n en el mundo —que facilitan el desplazamiento de personas y bienes, la celebraci3n de contratos a distancia, v a fax, internet, etc.,— as como la creciente interdependencia social y econ mica de los Estados que ha dado lugar a la integraci3n

³⁵ El art. 18 de la Constituci3n Nacional establece que: Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos , y dichas garant as judiciales tambi3n est n consagradas en el art. 8 del Pacto de San Jos3 de Costa Rica que tiene, a partir del a3o 1994, jerarqu a constitucional.

de estos en un ente político y organizativo diverso³⁶, conllevan la necesidad de profundizar la cooperación jurídica internacional para llevar a buen término un proceso en el que se sustancia una situación de tráfico jurídico externo.

A través de la reseña de las sentencias seleccionadas, procuramos destacar la colaboración que existe entre nuestros tribunales y los órganos judiciales extranjeros, desde la solicitud para diligenciar una prueba, pasando por el pedido de trabar un embargo que deba efectivizarse fuera del territorio nacional, hasta llegar al reconocimiento y ejecución de una sentencia pronunciada en otro Estado.

Ahora bien, el deber de cooperación, que aparece como el mejor reconocimiento hacia la diversidad de los órdenes jurídicos y hacia el respeto por el Derecho Foráneo³⁷, tiene ciertas salvaguardas, entre ellas, agazapada y al acecho se encuentra siempre la excepción de orden público internacional. Los textos interamericanos contienen expresamente esta cláusula de reserva que es en definitiva, el orden público del foro, el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicación de un Derecho Extranjero... que resulta lesivo a tales principios³⁸.

En un contexto internacional que tiende a la integración, resulta necesario evitar invocaciones abusivas del orden público que se traduzcan en inmotivadas causas de rechazo del auxilio judicial solicitado³⁹, ...puesto

³⁶ Fernández Rosas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit. p. 29 y ss.

³⁷ Opertti Badán, Didier, La asistencia judicial internacional. Un enfoque general. Últimos desarrollos en el ámbito penal, en *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario*, obra dirigida por Ángel Landoni Sosa, Fundación de Cultura Universitaria, Universidad de la República de Montevideo, 1997, pp. 133/147.

³⁸ Kaller Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1994, p. 356.

³⁹ La integración conduce a disminuir o atenuar las barreras del orden público, en tal sentido, Ciuro Caldani, Miguel Ángel expresa que en un ámbito comunitario, Bajo el amparo del poder y la previsibilidad, se produce un campo mayor para el juego de la cooperación y de la solidaridad, cita del artículo Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del Mercosur, publicado en *Investigación y Docencia*, N.º 23 Facultad de Dere-

que resulta sumamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a la aplicaci3n de sus propias leyes materiales ⁴⁰.

Un buen ejemplo del alcance del correctivo, se infiere del caso del juez estadounidense que pide a su par argentino competente la recepci3n de una declaraci3n testimonial a prestar por la hija del demandado, por lo que la Cmara ingresa en el terreno movedizo del orden p blico, en orden a deslindar los lmites difusos que presenta la excepci3n desde la perspectiva interna e internacional. Con gran acierto se ala que cualquier norma coactiva, opuesta a la autonom a de las partes en el mbito del Derecho Interno, por el mero hecho de serlo no constituye, por raz3n de orden p blico internacional, obstculo a la aplicaci3n del Derecho Extranjero, al reconocimiento o ejecuci3n de decisiones de ese origen o a la cooperaci3n jur dica internacional.

Cabe traer a colaci3n la Declaraci3n hecha por la Rep blica Oriental del Uruguay al suscribir los textos interamericanos, en el sentido de dejar expresa y claramente se alado que el orden p blico internacional es un instituto jur dico singular, no identificable necesariamente con el orden p blico interno de cada Estado.

Asimismo, bueno es recordar que a raz3n de la ratificaci3n de la Convenci3n Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴¹, adoptada por la Segunda Conferencia Especializada en la ciudad de Montevideo, en el a3o 1979, el car cter excepcional del orden p blico se ha reafirmado en el Derecho Positivo argentino. En efecto, la reserva s lo autoriza a prescindir de la aplicaci3n normalmente aplicable si fuere ...manifestamente contraria a los principios de su orden p blico (art. 5), con el a adido del adverbio manifestamente se hace hincapi3n en el car cter excepcional del recurso. Tal es el alcance que Uruguay

►
cho, Universidad Nacional de Rosario, 1993, p. 7. Asimismo, sostiene que el juego de las pautas m s o menos abstractas para resguardar la existencia del mbito receptor ante la posible amenaza de la respuesta recibida evidencia que la integraci3n se vale de la disminuci3n de las reservas en los part cipes del proceso , en Aportes para una teor a de las respuestas jur dicas , Investigaci3n y Docencia, N.37, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2004, p. 125.

⁴⁰ CNCiv., sala I, abril 20-1995- Martov, Samuel s/sucesi3n ab-intestato , apar. VII-segundo p rrafo, ED, 162-598.

⁴¹ Ver nota 3.

le otorga a la cláusula de reserva en la citada Declaración, al afirmar que ...la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicable los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.

Esa fue la línea argumental del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para negar el libramiento de un oficio al Registro Nacional de Buques para la cancelación de una hipoteca naval, advirtiendo que el acreedor hipotecario, notificado por oficio, carece de la posibilidad de tomar conocimiento de la sentencia de remate dictada en jurisdicción extranjera en tiempo útil como para organizar y presentar la defensa de sus derechos con anterioridad a la subasta. Acorde al principio constitucional del debido proceso legal, el demandado tiene el derecho a ser citado y/o emplazado en forma regular y con tiempo suficiente, de modo que haya dispuesto de la efectiva posibilidad de articular su defensa jurídica en el procedimiento abierto en el extranjero.

La jurisprudencia ha señalado que el objeto del procedimiento de exequatur no es la relación sustancial debatida en el proceso cuya sentencia se pretende hacer reconocer; sino la decisión o fallo extranjero como tal, a través de un examen de índole procesal tendiente a verificar su idoneidad ejecutoria en el país⁴². El límite de orden público en el exequatur atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro, en un tiempo histórico determinado, es decir, de los valores presentes en el momento en que se solicita el reconocimiento, no en

⁴² CNCiv., sala G, marzo 21-1989- M., A.A.E. y Y., G.S., primer párrafo, EL Derecho 137-401 con nota a fallo de Radzyminski, Alejandro P., El reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina. La Cámara Civil inaugura la doctrina a cuyo tenor el testimonio de la sentencia de divorcio extranjera es sustituible por un certificado emanado de una autoridad judicial del Estado en el cual la decisión fue pronunciada (Gran Bretaña), siempre que satisfaga no sólo los recaudos de índole formal —auténtica, traducción— sino que de sus enunciacines resulte acreditado que se colman todos los extremos exigidos por el art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para consentir que la sentencia foránea despliegue sus efectos en el país.

el de dictarse la resoluci3n judicial extranjera⁴³. Para precisar cu3les son los principios fundamentales del ordenamiento jur3dico argentino, es preciso examinar, en primer lugar, los principios contenidos en la Constituci3n Nacional v. gr. igualdad ante la ley, no discriminaci3n por raz3n de sexo, igualdad de los c3nyuges o de los hijos, la protecci3n del menor, el Derecho a la Propiedad Privada, libertad de empresa etc.

El hecho de examinar que la sentencia extranjera no sea contraria al orden p3blico internacional argentino, no implica que deba realizarse una revisi3n de fondo de dicha decisi3n, esto es, controlar la ley aplicada por el juez del Estado de origen o la valoraci3n de los hechos que dicho3rgano jurisdiccional realiz3⁴⁴. En ese sentido, a los efectos de revocar la resoluci3n de primera instancia la C3mara Nacional ha dicho que el juez argentino carece de facultades para revisar la soluci3n de fondo dada por el tribunal del Estado de Virginia (EEUU) en la sentencia cuyo reconocimiento se pretende por v3a de exeq3atur —en el caso, la que hizo lugar a un pedido de cambio de nombre— ni siquiera cuando dicho tribunal ha aplicado Derecho Material argentino⁴⁵.

Conviene tambi3n dejar en claro que tanto el r3gimen interno como convencional, regulan de manera separada el control de las garant3as procesales y el control de orden p3blico (CPCCN, art. 517, incs. 2 y 4; Convenci3n Interamericana, art. 2, incs. e), f), y h).

Podemos concluir que el desconocimiento o la utilizaci3n incorrecta de los convenios por parte de los3rganos jurisdiccionales y otras instancias p3blicas de un pa3s, lleva a frustrar las ventajas que brinda el

⁴³ Fern3ndez Rosas, Jos3 Carlos y S3nchez Lorenzo, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 293.

⁴⁴ Calvo Caravaca, Alfonso I. y Carrascosa Gonz3lez, Javier, *Introducci3n al Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 540.

⁴⁵ El magistrado anterior rechaz3 el pedido de inscripci3n de la partida de nacimiento extranjera y la sentencia que hizo lugar a un pedido de cambio de nombre cuyo reconocimiento se pretend3a, porque resultaba violatoria de los principios de orden p3blico establecidos en la ley sobre el Nombre de las Personas Naturales N.º 18248 (B.O. 24/6/1969). Contrariamente a lo expresado en la resoluci3n recurrida, la C3mara consider3 que tal sentencia no afectaba el orden p3blico local, desde que la propia ley del nombre admite excepciones al principio de inmutabilidad en el art. 15. CNCiv., sala E, 3/7/2001- Cameron, Claudia E. La Ley, t. 2002-A-498.

Derecho Convencional, aunque loable por cierto resulte la actividad jurisdiccional dirigida a corregir estos excesos. La revocatoria judicial no constituye el paradigma del proceder jurídico, dado que ésta presupone un largo camino que debilita la seguridad jurídica y la confianza primigenia que deber a descollar ab initio en las relaciones entre los Estados.

Si lo nos resta esperar que el espíritu de colaboración que subyace en las resoluciones presentadas, otorgando a la excepción de orden público internacional su justo alcance, proyecte su luz e ilumine el juicio de los magistrados llamados a resolver las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado.

Bibliografía

- ¥ Calvo Caravaca, Alfonso. (1986). *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*.
- ¥ Calvo Caravaca, Alfonso L. y Carrascosa González, Javier. (1997). *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Editorial Comares,
- ¥ Ciuro Caldani, Miguel Ángel. (1993). Bases para los regímenes de jurisdicción y ley aplicable en la integración del MERCOSUR. *Investigación y Docencia*, 23, 7. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.
- ¥ _____. (2004). Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas. *Investigación y Docencia*, 37, 125. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.
- ¥ Dreyzin de Klor, Adriana. (2004). La cooperación jurídica internacional de cara al ALCA. En *Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller Orchansky* (pp. 89-106). Poder Judicial de la Provincia de Córdoba - Tribunal Superior de Justicia. Córdoba: Ed. Advocatus.
- ¥ Feldstein de Cárdenas, Sara L. (2004). *Colección de análisis jurisprudencial- Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Bs. As.: Ed. La Ley.
- ¥ Ferns, Eduardo Leopoldo. *Derecho Internacional Privado - Convención Interamericana sobre Normas Generales*. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice, t. 5.
- ¥ Fernández Arroyo, Diego. (coord.). (2003). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Bs. As.: Ed. Zavalá.
- ¥ Fernández Rosas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto (1999). *Derecho Internacional Privado* (1ª Ed.). Madrid: Civitas.
- ¥ Garau Sobrino, Federico. (1992). *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*. Madrid: Ed. Tecnos.
- ¥ Goldschmidt, Werner. (1985). *Derecho Internacional Privado* (5ª Ed.). Bs. As.: Depalma.
- ¥ Kaller Orchansky, Berta. (1994). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Bs. As.: Ed. Plus Ultra.
- ¥ Najurieta, María Susana. (1991, Febrero, 6). Reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana. *El Derecho*.
- ¥ Opertti Badín, Didier. (1997). La asistencia judicial internacional. Un enfoque general. Últimos desarrollos en el ámbito penal. En Ángel Landoni Sosa (Dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario* (pp. 133-147). Universidad de la República de Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ¥ Parra Aranguren, Gonzalo. (1982). *Codificación del Derecho Internacional Privado en América - Las seis convenciones suscriptas en Panamá 1975*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas: Imprenta Universitaria.
- ¥ Pérez Milla, Javier. (2000). *La notificación judicial internacional*, Granada: Ed. Comares.

¥ Tellechea Bergman, Eduardo. (1997). La cooperaci n Jur dica Internacional de mero tr mite y probatoria. En Angel Landoni Sosa (Dir.), *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario* (pp. 149-164). Fundaci n de Cultura Universitaria, Universidad de la Rep blica de Montevideo.

¥ Uriondo de Martinoli, Amalia. (1996). *Integraci n regional - Derecho Procesal Internacional*. C rdoba: Ed. Advocatus.

Jurisprudencia

- 1) CNCiv., sala I, febrero 24-2000, Garramone, Esteban I. y otro c. Solanet, Rodolfo y otro s/exhorto , con nota a fallo de Ramayo, Ra l Alberto, El auxilio judicial internacional argentino en materia de declaraci n de testigos , El Derecho de 14 de setiembre de 2000.
- 2) CNCiv., sala I, abril 20-1995, Martov, Samuel s/sucesi n ab-intestato , El Derecho, t. 162-598.
- 3) CNCiv., sala G, marzo 21-1989, M.,A.A.E. y, G.S. , con nota a fallo de Radzyminski, Alejandro P., El reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Argentina , El Derecho, t. 137-401.
- 4) TS C rdoba, sala contenciosoadministrativo-diciembre 21/1989 B., B. c.D.de B., L.E. , La ley - C rdoba, 1990- 789.
- 5) CNCiv. sala J, agosto 25-1998, N.,S.R. y O.R.M. s/divorcio , El Derecho, t. 184-35.
- 6) CS, octubre 15-1996, Riopar,S.R.L. c.Transportes Fluviales Argentr o, S.A. s/exhorto , con nota a fallo de Palacio, Lino Enrique Algunas re exiones acerca del recurso extraordinario federal frente a la aplicaci n de tratados internacionales . El Derecho, l... de abril de 1997.
- 7) CNCiv., sala E, 3/7/2001, Cameron, Claudia E. La Ley, t. 2002-A-498.

Derecho Internacional Privado

En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado

Eugenio Hernández-Bretón

I | Introducción

El Difícil Problema de las Calificaciones en el Derecho Internacional Privado

El problema de las calificaciones¹ en el Derecho Internacional Privado ha sido tema de interminables discusiones desde la época de Franz Kahn y Etienne Bartin. Independientemente de las dificultades técnicas siempre presentes en las discusiones entre eruditos, en tiempos más recientes ha surgido un nuevo problema, a saber: ¿es posible regular mediante ley o algún acto del poder legislativo el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado? No es fácil responder esta pregunta. Se ha dicho que el problema de las calificaciones es ...un des thème les plus discutés en droit international privé² y, seguramente, se-

¹ La terminología castellana es bastante uniforme en aceptar la expresión *calificaciones*. En otros idiomas no hay término uniforme, por ejemplo en el idioma inglés véase Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 3ª Edición, 2000, pp. 119-120. Sobre la evolución de las discusiones en torno a este tema en el mundo de habla inglesa véase Helmut Weber, *Die Theorie der Qualifikation*. Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des Internationalen Privatrechts (1890-1945), 1986, pp. 90-92, 164-181.

² Erik Jayme, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, Recueil des cours 251 (1995), p. 108. Un gran número de auto-

guir siendo así durante los próximos años³. La doctrina y la jurisprudencia han enfocado el problema de las calificaciones desde distintos puntos de vista, pero aún es debatible⁴. Los juristas deben enfrentarse a esta espinosa pregunta⁵. El Profesor Ehrenzweig llamó al problema de las calificaciones "...una inoportuna adición a la doctrina norteamericana"⁶. Uno de los antagonistas más feroces de la teoría de las calificaciones como institución del Derecho Internacional Privado, el Professor Juenger, reflexionaba con escepticismo acerca del problema y cuestionaba si éste tendrá alguna posibilidad de solución. Hace algunos años el mismo Juenger escribió: Esta estéril controversia (acerca del problema de las calificaciones) ha existido durante siglos, lo cual es una indicación que su solución siempre estará fuera del alcance de los expertos⁷. El problema de las calificaciones genera tanta confusión que se ha destacado que para este problema no existe una explicación legal ni lógica⁸. En consecuencia, Juenger expresa que nuestro tema está dividido entre lo pseudológico ofrecido por teóricos y el deseo de hacer justicia, por lo tanto, "...algunos tribunales se



res comparten este punto de vista, entre los cuales está Ernst Steindorff, *Sachnorm im internationalen Privatrecht*, 1958, p. 52, quien dijo: Die internationalprivatrechtliche Qualifikation wird noch heute als eines der schwierigsten und ungeklärtesten Gebiete des internationalen Privatrechts bezeichnet (Las calificaciones en el Derecho Internacional Privado son consideradas todavía hoy como uno de los problemas más difíciles y más poco claros del Derecho Internacional Privado).

³ Erik Jayme, Qualifikation und Favor Negotii im Internationalen Privatrecht, en *Estudos em Homenagem a Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Tomo I, 2002, pp. 209-215.

⁴ Jayme, (N. 2), pp. 110 et seq.

⁵ Según lo expresado por Leo Scheucher; Buchbesprechung von Adolf Schnitzer; Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliessend Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. 4ª Edición, 1957, Volumen I, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1961, p. 256 (dúmige Qualifikationsfrage).

⁶ Albert A. Ehrenzweig, Characterization in the Conflict of Laws: An unwelcome addition to American Doctrine, en Kurt Nadelmann/ Arthur T. von Mehren and John Hazard (Editors), *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema*, 1961, pp. 395 et seq.

⁷ Friedrich K. Juenger; *Choice of Law and Multistate Justice*, 1993, p. 73.

⁸ Werner Niederer; *Die Frage der Qualifikation als Grundproblem des internationalen Privatrechts*, 1940, p. 89: Die Frage der Qualifikations-Problem scheint nur solange unklar, als wir eine

rinden ante una conceptualización estéril mientras otros recurren a artimañas con el fin de obtener los resultados apropiados. De hecho, la única característica atractiva del misterioso proceso de calificaciones es su inclinación hacia la prestidigitación⁹. Para mayor desconcierto entre los expertos, algunos han señalado que los tribunales han contribuido con mayor confusión a un tema ya de por sí confuso¹⁰.

El Resultado de la Desesperación General

La falta de acuerdo en cuanto a las soluciones técnicas y las deficiencias conceptuales y prácticas en las decisiones de los tribunales durante años han generado una actitud negativa y un estado de desesperación en relación con la imposibilidad de una solución legislativamente formulada para el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado. La frustración de cualquier esfuerzo que se realice al respecto se puede explicar fácilmente sobre la base de una reciente experiencia italiana: Nell'ambito della elaborazione della legge sul diritto internazionale privato (Ley de Derecho Internacional Privado italiana de 1995), [...] la qualificazione era stata oggetto di intense discussioni, [...] Come noto, si era allora rinunciato a disciplinare la qualificazione. A giustificazione della reticenza a disciplinare questioni generali del diritto internazionale privato era stato addotto che la maggior parte dei problemi non erano dalla dottrina risolti all'unanimità. E anche se una definizione legislativa non concluderebbe necessariamente il confronto scientifico, essa imporrebbe tuttavia soluzioni che, fra qualche anno, potrebbero non resistere alla critica. Segnatamente in merito alla qualificazione era stato rilevato come una normativa

► rein begrifflich-logische Lösung suchen, die es nicht geben kann (La cuestión del problema de las calificaciones no parece solucionable en tanto si lo busquemos una solución lógico-conceptual, la cual no parece existir...).

Juenger, (N. 7), p. 73.

Juenger, (N. 7), p. 74: Los resultados obtenidos por los tribunales mediante dichas manipulaciones podrán ser acertadas, pero esta clase de teleología tiene un costo. Los magistrados deben sacrificar su honestidad intelectual. Se puede encontrar una opinión contraria en Jacob Dolinger; In defense of the general part principles, en *International Conflicts of Law for the Third Millennium. Essays in honor of Friedrich K. Juenger*, 2000, pp. 28-29.

legislativa che riflettesse la teoria della *lex fori*, sarebbe risultata insoddisfacente. Se invece si fosse attenuato il principio del riferimento alla *lex fori*, ne sarebbe conseguita la definizione di una nozione che, in ragione del suo carattere d'astrattezza, non avrebbe facilitato il compito del giudice¹¹.

La experiencia austraca asimismo ha enfrentado ideas sobre la conveniencia o inconveniencia de reglamentar el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado. Las gestiones de Fritz Schwind para responder al problema en el contexto de la IPR-Gesetz austraca también cedieron ante la crítica. Como dice el Profesor Schwind, se rechazó la propuesta para regular el problema de las calificaciones porque la teoría que se adoptaría (*Stufenqualifikation*) "...ausser in einem Teil des sterreichischen Schriftums international keine Gefolgschaft gefunden habe (...salvo por una parte de la doctrina austraca, a nivel internacional no ha encontrado seguidores). Por lo tanto, ...die Kodifikation von Qualifikationsfragen (erscheint) insgesamt heute in der Fachliteratur als undurchführbar (...para la literatura especializada la codificación de las soluciones del problema de las calificaciones parece hoy irrealizable). Desde su punto de vista, salvo por pocos autores, esta interpretación refleja la opinión constante de la doctrina en el mundo de habla germana¹².

Otro resultado similar se generó en las Américas durante la discusión y aprobación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo 1979). Nuevamente, la falta de consenso entre la doctrina y jurisprudencia regional fue decisiva para determinar la ausencia de una resolución expresa del problema de las calificaciones¹³. En ese momento se mencionó, además, que en esa Conferencia "...las enérgicas actitudes contrapuestas impusieron un respetuoso silencio sobre el asunto, y ...la falta de reglas expresas para enfrentar con entusiasmo el problema de las calificaciones, contribuyó a que no se intentara responderlo¹⁴. La doctrina estuvo de acuerdo, sin

¹¹ Monique Jametti Greiner, Quali cazione in generale e quali cazione in particolare, en *Collisio Legum, Studi di Diritto Internazionale Privato per Gerardo Broggin*, 1997, pp. 187-188.

¹² Fritz Schwind, Schnitzers Quali kationslehre im sterreichischen IPR, en *Liber Amicorum Adolf Schnitzer*, 1979, p. 430.

¹³ Tatiana B. de Maekelt, *Normas generales de derecho internacional privado en América*, 1984, p. 175.

¹⁴ Gonzalo Parra-Aranguren, La Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (Montevideo, 1979), en *Anuario Jurídico Interamericano* 1979, p. 186.

embargo, que ...mucho más valió no resolver un problema que solucionarlo deficientemente¹⁵.

II | Respuestas domésticas al problema de las calificaciones: algunos ejemplos en el mundo

Impulsados ante el confuso ambiente que rodea al problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado, los legisladores nacionales han intentado regular la materia. Las legislaciones domésticas corresponden al estado de las discusiones teóricas. No hay acuerdo en cuanto a la respuesta correcta que debe darse al problema. Se podría decir con exactitud, sin embargo, que las legislaciones nacionales muestran una preferencia por la teoría de la *lex civilis fori*. Como veremos, sólo pocos sistemas legales se apartan de la tendencia general y muchos sencillamente han decidido dejar el asunto abierto para las discusiones de expertos y a la jurisprudencia.

El paradigma de las tendencias generales se encuentra en el artículo 12.1 del Código Civil español. Claramente formula la teoría *lex civilis fori* sin excepciones de ningún tipo: La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. El mundo islámico sigue un enfoque similar sobre la base del artículo 10 del Código Civil egipcio de 1948¹⁶. Por ejemplo, el artículo 9 del Código Civil argelino de 1975 dice: En cas de conflit des lois, la loi algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable. El artículo 11 del Código Civil sirio de 1949 adopta una posición idéntica. El artículo 11 del Código Civil jordano de 1977 reproduce esta norma así como el artículo 10 del Código Civil de los Emiratos Árabes Unidos de 1985. A su vez, Libia aplica la misma solución en su Código Civil de 1954 así como también lo hace Kuwait en el artículo 30 de la Ley 5/1961. Mauritania incorporó la

¹⁵ Según Werner Goldschmidt, citado por Maekelt, (N. 13), p. 175 y Parra-Aranguren, (N. 14), p. 186.

¹⁶ Salvo que se indique lo contrario en este escrito, se citan los artículos de países no europeos según la transcripción que se hace en Jan Kropholler, Hilmar Kröger, Wolfgang Riering, Jürgen Samtleben, Kurt Siehr (Editores), *Aussereuropäische IPR-Gesetze*, 1999.

misma solución en el artículo 6 del *Code des Obligations et de Contrats* de 1989 y Yemen hizo lo mismo en el artículo 24 de la Ley 19/1992. Sudán comparte el mismo punto de vista en el artículo 10 del Código Civil de 1971. En Somalia, el artículo 10 del Código Civil de 1973 estipula: La qualification de la categoria alla quale appartiene un dato rapporto giuridico, al fine di individuare la legge applicabile in caso di conflitto tra leggi diversi, e fatta in base all'ordinamento giuridico somalo. El artículo 17 (1) del Código Civil iraquí de 1951 comparte el mismo punto de vista, salvo por la excepción establecida en el artículo 17 (2) de dicho Código, según la cual la ley del *situs* determina la naturaleza tangible o intangible de los bienes. Una variación de lo que antecede se encuentra en el artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado tunecino de 1998, el cual estipula que: La qualification «effectue selon las categories du droit tunisien si elle a pour objectif d'identifier la règle de conflit permettant de déterminer le droit applicable». Además, agrega lo siguiente: Lors de la qualification, il sera tenu compte des différentes categories juridiques internationales et de spécificités du droit international privé. Esta disposición realmente se aparta de las tendencias y abre la puerta a otras teorías, particularmente a la posibilidad de una calificación autónoma o teleológica.

El Código Civil de Uzbekistán de 1997 es receptivo a la teoría a *lex civilis fori*. El artículo 1159 de dicho Código estipula en su parte relevante que: La calificación legal de conceptos legales por parte de un tribunal u otro organismo del Estado se basará sobre la interpretación de esta de conformidad con las leyes de la República de Uzbekistán como país del lugar de la decisión de la controversia salvo que una ley disponga lo contrario...

El artículo 3078 del Código de Québec de 1991 contiene una disposición similar a la del Código Civil iraquí, es decir, mientras adopta la teoría de la *lex civilis fori* como norma general, establece una excepción para la calificación de bienes sujetos a la teoría a *lex civilis causae*. En este sentido dice que: La qualification est demandée au système juridique du tribunal saisi; toutefois, la qualification des biens, comme meubles ou immeubles, est demandée la loi du lieu de leur situation.

En América Latina, la tendencia sigue el patrón general. El artículo 25 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco de 1989 establece que: La calificación de la naturaleza de la institución o relación jurídica se efectuará de acuerdo a la ley del lugar en que se juzgue. El artículo 18 del Código Civil cubano de 1987 formula su versión de esta manera: La cali-

ficación del acontecimiento natural o acto jurídico necesaria para determinar la norma aplicable en caso de conflicto de leyes, se hará siempre con arreglo a la ley cubana. Aunque el Código Civil peruano de 1984 guarda silencio sobre el asunto, el Proyecto de Código Civil estipulaba:

Para determinar la naturaleza jurídica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros se aplicarán las calificaciones del Derecho peruano. A falta de disposiciones legales directamente pertinentes se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan por analogía de las del tratado o del Derecho peruano y, en último término los principios generales de Derecho Internacional Privado¹⁷. Aparentemente, la razón por la cual no se incluye esta disposición en la versión final del Código Civil fue la aceptación general de la teoría *lex civilis fori* entre los especialistas peruanos¹⁸. El sistema brasileño no contiene una regulación general sobre las calificaciones. Sin embargo, la Ley de Introducción al Código Civil de 1942 contiene regulaciones especiales para la calificación de los bienes y de las relaciones jurídicas sobre ellos (artículo 8) y para las obligaciones (artículo 9). En ambos casos la Ley de Introducción adopta la teoría *lex civilis causae*. En 1912, Pedro Manuel Arcaya publicó en Venezuela su Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado. Su artículo 5, siguiendo la teoría de la *lex civilis fori*, dispone: Se seguirá la ley venezolana para determinar el carácter de la ley extranjera de cuya aplicación se trata y para calificar la naturaleza de los actos jurídicos. Este Proyecto nunca se convirtió en ley¹⁹. La novedad más reciente viene desde Argentina, a saber, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado presentado en abril de 2004 al Congreso argentino. El artículo 6 *in fine* del Proyecto adopta la teoría de la *lex civilis causae* como norma general. Por su parte, los puntos de conexión se calificarán, salvo disposición en contrario, según el Derecho argentino²⁰.

Los países de habla portuguesa siguen el patrón determinado por el artículo 15 del Código Civil de 1966. Esta original disposición dice: A competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que,

¹⁷ Mar a del Carmen Tovar Gil y Javier Tovar Gil, *Derecho Internacional Privado*, 1987, p. 51.

¹⁸ Tovar Gil y Tovar Gil, (N. 17), p. 52.

¹⁹ El texto del Proyecto Arcaya puede verse en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Tomo I, pp. 65 y ss.

²⁰ En cuanto a las propuestas anteriores véase Adriana Dreyzin de Klor, Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el próximo siglo en Argentina, en *Revista*

pelo seu conte do e pela fun o que tem nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos ²¹. El art culo 15 del C digo Civil de Angola y del C digo Civil de Mozambique, respectivamente, reproducen el mismo texto.

III | El enfoque venezolano

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana fue promulgada el 6 de agosto de 1998²². No contiene una regulaci n expresa y definitiva en relaci n con el problema de las calificaciones. La Exposici n de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado describi el tema de las calificaciones ...como la m s dif cil y problem tica cuesti n de todo el Derecho Internacional Privado ²³. En relaci n con el problema de las calificaciones, la Ley de Derecho Internacional Privado s lo pretendi aportar unos simples lineamientos generales que sirvan para orientar al int rprete en cuanto al sentido general del problema²⁴.



Mexicana de Derecho Internacional Privado, N mero Especial 2000, pp. 51 y ss.; Gualberto Lucas Sosa, Las normas generales de Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Codificaci n del Derecho Internacional Privado en Argentina, en Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte (Coordinadores), *Avances del Derecho Internacional Privado en Am rica Latina*. Liber Amicorum J rgen Samtleben, 2002, p. 203.

²¹ V ase Antonio Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado. Alguns Problemas*, 1996, pp. 150 et seq.; Stefan Grundmann, *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beitr ge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, 1985, pp. 93 et seq.

²² Existe abundante literatura sobre la Ley. En aras de la brevedad s lo citar algunos, a saber; Gonzalo Parra-Aranguren, Ley venezolana de 1998 de Derecho Internacional Privado, *Netherlands International Law Review* 1999, p. 383-394; Tatiana de Maekelt, *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht*, *RabelsZ* 64 (2000), pp. 299 et seq.; Eugenio Hernández-Bret n , *Neues venezolanisches Gesetz über das Internationale Privatrecht*, *IPRax* 1999, p. 194-196. La mayor parte de la literatura existente sobre el Proyecto se ha recopilado en una colecci n de cuatro libros publicada por el Tribunal Supremo Venezolano en los a os 2001 y 2002. Los particulares son: Fernando Parra-Aranguren (Editor), *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*. Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren.

²³ Tomado de F. Parra-Aranguren, (N. 22), Tomo I, p. 86.

²⁴ Ver Nota 23.

El artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado dice: El Derecho Extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. La doctrina venezolana considera que esta disposición no regula el problema de las calificaciones²⁵. No obstante, es indiscutible que la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una norma sobre el problema de las calificaciones en el artículo 2 independientemente de cuán simple pueda serla. Esta es la conclusión que se infiere de la referencia hecha al problema de las calificaciones en la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado.

El artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado se elaboró entre los años 1958 y 1963. El Proyecto original se publicó en 1963 y fue revisado más adelante en 1965. El texto del Proyecto de 1963 dice: El Derecho Extranjero que resulte competente recibirá igual tratamiento que el Derecho Nacional. Se aplicará de conformidad con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto.

Como se puede ver, el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual es el resultado de la revisión general del Proyecto original que tuvo lugar entre 1995-1998, se corresponde sustancialmente con la redacción del Proyecto original. Se trata, en todo caso, de una fusión de los dos párrafos del artículo 2 del Proyecto original, pero el fondo de la disposición no se modificó. Esta referencia es muy importante porque se debe entender el artículo 2 como producto de su época. En este sentido, una revisión en el tiempo muestra que la aplicación de la norma foránea sujeta a los principios de dicho Derecho Extranjero no sería una novedad; sin embargo, la referencia a los objetivos perseguidos por las normas de conflicto del foro no era común en nuestro ordenamiento jurídico. Ciertamente, la presentación más clara de esta doctrina se encuentra en la obra original de la Profesora de Magalhães Colla²⁶. Se

²⁵ Tatiana de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres Años de su Vigencia*, 2002, pp. 88-91; Claudia Madrid, *Instituciones Generales en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana*, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Tomo II, pp. 84-86; José Muci-Abraham, *Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado*, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), p. 147.

²⁶ Isabel de Magalhães Colla, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, 1964.

puede resumir esta tesis en las siguientes palabras: na fixac o do sentido e alcance pr prio das categorias utilizadas pela norma de conflitos ter o de estar sempre presentes as finalidades especificas da norma em quest o [...] Este princ pio dispensa-nos de optar, por um nico dos caminos propostos em tese geral par a interpreta o dos conceitos classificativos. Nada garante *a priori* que a mesma solu o se imponha frente a todas as normas que recorrem a conceitos desse tipo [...] Mas, como resulta de todo o exposto, s perante cada norma positiva poder em ltima an lise decidir-se acerca do valor a atribuir aos conceitos classificativos que ela utiliza ²⁷. Sin embargo, este libro s lo fue publicado en 1964, despu s de la publicaci n del Proyecto original. De hecho, a mi mejor saber y entender, la obra de la Profesora de Magalh es Colla o fue presentada a la audiencia venezolana mediante la traducci n de una recens i n de dicha obra realizada por Emilio Betti en 1967²⁸. Estas circunstancias se pueden ver como una feliz coincidencia, que en distintos momentos en Portugal y en Venezuela, mediante esfuerzos independientes, no relacionados, los expertos obtuviesen los mismos resultados.

Dichos esfuerzos est n enraizados en el desarrollo doctrinal de aquel entonces. Sin limitar las verdaderas influencias sobre el Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, los conceptos de Gerhard Kegel expresados en la Primera Edici n de su obra cl sica: *die Systembegriffe, die wir in den Kollisionsnormen des IPR antreffen, sind darum auszulegen, und zwar nach den Zielen, die diese Kollisionsnormen verfolgen* (...los conceptos calificadores que utilizamos en las normas de conflicto deben interpretarse seg n los objetivos perseguidos por dichas normas de conflicto),²⁹ jugaron un papel muy importante en la formulaci n de la soluci n venezolana. Fritz Schwind³⁰ indic que el art-

²⁷ De Magalh es Colla o, (N. 26), pp. 211-212.

²⁸ Emilio Betti, Interpretaci n de los Conceptos Clasi cadores en el Derecho Internacional Privado (traducci n de Benito Sans), en *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, 1967, pp. 678 et seq.

²⁹ Citado seg n Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*. 8^a Edici n, 2000, p. 296.

³⁰ Fritz Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren (N. 22), Volumen I, p. 130.

culo 2 reconoce las ideas de Adolf Schnitzer³¹ y Leo Scheucher³². Es muy probable que las ideas de Lewald,³³ Francescakis,³⁴ Neuner,³⁵ Steindorff,³⁶ Schr der³⁷, Niederer,³⁸ Rigaux,³⁹ Betti,⁴⁰ Raape,⁴¹ Jagmetti⁴² también hayan sido consideradas con el fin de desarrollar y eventualmente redactar el artículo 2, porque en la búsqueda de una solución al problema de calificaciones en Derecho Internacional Privado no hay pensamientos aislados. Es una sola cadena de ideas; una lleva a revisar, apoyar o negar las otras.

De tal manera, se trata de una calificación funcional o teleológica. Partiendo de las nociones materiales del foro, requerir a entonces comparar la función de la norma extranjera con la de la norma de conflicto venezolana. Tal calificación se basa, por tanto, en la función u objetivo de la norma venezolana de conflicto, siendo así irrelevante el carácter técnico-jurídico atribuido por el ordenamiento extranjero aplicable. Lo importante sería que la norma extranjera desarrolle una función equivalente a la perseguida por la norma venezolana de conflicto.

³¹ Ver Adolf F. Schnitzer, *Handbuch des IPR einschliessend Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung*. Tomo I, 4ª Edición, 1957.

³² Ver Leo Scheucher, *Einige Bemerkungen zum Qualifikationsproblem*, ZfRV 1961, pp. 228 et seq.; asimismo ver Scheucher (N. 5).

³³ Hans Lewald, *Règles générales des conflits de lois*, Recueil des cours 69 (1939-III), pp. 78 et seq.

³⁴ Phocion Francescakis, *La théorie du Renvoi et les conflits de systemes en droit international privé*, 1958.

³⁵ Robert Neuner, *Der Sinn der international-Privatrechtlichen Norm. Eine Kritik der Qualifikationstheorie*, 1932.

³⁶ Steindorff, (N. 2).

³⁷ Jochen Schr der, *Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen*, 1961.

³⁸ Niederer, (N. 8).

³⁹ François Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, 1956.

⁴⁰ Emilio Betti, *Problemativa del Diritto Internazionale Privato*, 1956; ver también Benito Sans, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable, en *Estudios Jurídicos*, 1984, pp. 301, 303 y ss.

⁴¹ Leo Raape, *Internationales Privatrecht*. 4ª Edición, 1955.

⁴² Marco A. Jagmetti, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen Richter*, 1961.

IV | Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

La doctrina venezolana está trabajando para descifrar el sentido del artículo 2 y convertirlo en una herramienta útil para resolver casos con elementos extranjeros⁴³. Particularmente, se ha enfocado principalmente el problema de los objetivos del conflicto de normas venezolanas según se menciona en el artículo 2, asimismo en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado⁴⁴. Adicionalmente, como veremos, el artículo 2 juega, además, un papel importante en relación con el reenvío o *renvoi*. Esto se debe a que al discutir si la referencia a un Derecho Extranjero hecha por una norma de conflicto venezolana es una referencia global o material a un sistema extranjero (*Gesamtverweisung*” o una *Sachnormverweisung*, valga decir una remisión global o una remisión material), el artículo 2 ha servido para restringir el alcance del artículo 4, el cual regula el reenvío o *renvoi* en Venezuela⁴⁵ en una forma muy similar al artículo 4(1) de la EGBGB alemán⁴⁶.

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998 es uno de los productos legislativos contemporáneos de mayor riqueza conceptual. Es importante destacar, sin embargo, que la Ley de Derecho Inter-

⁴³ Eugenio Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en Kleinheisterkamp y Lorenzo Idiarte (Coordinadores), (N. 20), pp. 169-178.

⁴⁴ El texto del Artículo 5 es: Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles produciendo efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

⁴⁵ El artículo 4 dispone: Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado. Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos que anteceden, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto.

⁴⁶ Hernández-Bretón, (N. 43), p. 177.

nacional Privado recoge el pensamiento internacional privatista de dos pocas claramente diferenciadas las cuales deben tratar de engranarse con la finalidad de lograr un sistema legislativo congruente y consistente en asuntos de Derecho Internacional Privado. Uno de los conceptos utilizados por la Ley de Derecho Internacional Privado que ha generado claras diferencias interpretativas y, por tanto, sospechas acerca de su real función, desde su formulación original, y que a la vez presenta mayor potencial de beneficiosa y rica discusión, es el de objetivos de las normas venezolanas de conflicto o de objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. Tales conceptos son utilizados en los artículos 5 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, respectivamente.

Se trata de examinar el alcance de lo dispuesto en el artículo 2 y en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El artículo 2, en materia de aplicación del Derecho Extranjero, se aplica que este se aplique ...de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. Por su parte, el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado ordena que las ...situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho Extranjero que se atribuye competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles serán reconocidos en Venezuela (producir efectos en la República) siempre que no (a no ser que) contradigan ...los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

La Ley de Derecho Internacional Privado fue elaborada en dos periodos diferentes. El primer periodo o periodo inicial corresponde a los trabajos de la Comisión designada por el Ministerio de Justicia e integrada por los profesores Roberto Goldschmidt, Gonzalo Parra-Aranguren y Joaquín Sánchez-Covisa. Sus trabajos se efectuaron entre 1958 y 1965. El segundo periodo o periodo de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado corresponde a los años 1995-1998. Durante estos años fue rescatado el Proyecto original, revisado, actualizado, sometido a la consideración del entonces Congreso Nacional, sancionado y promulgado por el Presidente de la República el 6 de agosto de 1998.

Los artículos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado corresponden al Capítulo I, Disposiciones Generales de la Ley de Derecho Internacional Privado. Este Capítulo de la Ley de Derecho Internacional

Privado comprende la regulaci n de las instituciones generales o teor a general del Derecho Internacional Privado. El art culo 2 trata de la aplicaci n del Derecho Extranjero, mientras que el art culo 5 trata del respeto a los Derechos Adquiridos. En ambos casos se trata, sin embargo, de problemas que se suscitan con ocasi n de la declaratoria de aplicabilidad de un Derecho Extranjero, ya sea en virtud de una norma de conflicto, en el caso del art culo 2, o en virtud de la excepci n contenida en el art culo 5.

La redacci n de las disposiciones en examen, los art culos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es producto, casi exclusivamente, de los trabajos del per odo inicial. Como ya se indic , tan solo el encabezamiento del art culo 2 del Proyecto original sufri una ligera variaci n en su redacci n durante el per odo de revisi n y conclusi n de la Ley de Derecho Internacional Privado, sin que tal variaci n alterase la esencia de ese art culo 2.

Las expresiones objetivos de las normas venezolanas de conflicto u objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto han sido poco estudiadas. Durante la fase inicial el Proyecto original fue objeto de comentarios. En este sentido, Werner Goldschmidt expres que la parte relevante del art culo 2 ...contempla el problema de las calificaciones y sugiere, sin darle una soluci n categ rica, la conveniencia de meditar sobre el acierto de la teor a de la *lex civilis causae* supedit ndola, sin embargo, debidamente a las finalidades propias de las normas venezolanas de conflicto ⁴⁷. No obstante, el autor antes citado indicaba que si bien la parte relevante del art culo 2 contribu a a plantear la tesis bif sica de las calificaciones , su importancia pr ctica era muy precaria ⁴⁸.

En su momento, Fritz Schwind al comentar la parte relevante del art culo 2 del Proyecto original indic que tal disposici n establec a ...la base para una adaptaci n del Derecho Extranjero en el sentido de las normas de conflicto venezolanas .Adem s a adi que las referencias hechas en la exposici n de motivos hacen pensar que con esta disposici n tambi n requer an establecer normas para la soluci n del problema de las calificaciones . A pesar de que el profesor Schwind reconoci el carcter de simple norma de orientaci n de la disposici n en cuesti n, precis que

⁴⁷ Werner Goldschmidt, El Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 115, 119.

⁴⁸ *Ib idem*.

la solución hecha posible aquí, es liberal en tanto que el Derecho Extranjero, una vez declarado aplicable, debe aplicarse de la misma manera que en su área de validez original y, por tanto, no está sujeto a la calificación del Derecho Remitente. Este es un pensamiento por demás moderno, el cual, en mi concepto, sólo ha empezado a imponerse en la doctrina por influencia de Schnitzer; y cuya codificación probablemente se ha intentado por primera vez aquí ⁴⁹.

La Exposición de Motivos del Proyecto original se alaba que en ...materia de calificaciones y, en general en el tema relativo a la aplicación del Derecho Extranjero, incluido bajo el epígrafe de tratamiento del Derecho Extranjero, se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientación, que alerten al intérprete sobre el sentido general de los problemas, pero se ha eludido deliberadamente el inútil empeño de resolver mediante reglas legislativas la cuestión probablemente más difícil y problemática de todo el Derecho Internacional Privado ⁵⁰.

Durante el período de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado fue ampliada la extensión del Capítulo I del Proyecto original. En tal sentido, además de los artículos ya existentes en el Proyecto original relativos a las fuentes (artículo 1), tratamiento del Derecho Extranjero (artículo 2), conflicto de leyes en el Derecho Extranjero u ordenamientos plurilegislativos (artículo 3), reenvío (artículo 4), derechos adquiridos (artículo 5) y orden público (artículo 6), se añadieron normas sobre la cuestión incidental (artículo 6), adaptación (artículo 7), institución desconocida o análoga (artículo 9) y normas de aplicación inmediata o necesaria del foro (artículo 10). En la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado se indica que la Ley de Derecho Internacional Privado ha preferido formular simples normas generales de orientación a través de la adaptación (artículo 7), que alertan al intérprete acerca del sentido general de los problemas. A esto se debe la ausencia de la regulación expresa de la calificación, probablemente, la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho Internacional Privado. El artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no tuvo comentario alguno que destacara la función de la referencia a los objetivos perseguidos por

⁴⁹ Fritz Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto Venezolano y Recientes Tendencias del Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 125, 130.

⁵⁰ El texto puede verse en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 83, 86.

las normas venezolanas de conflicto. En cuanto al artículo 5, la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado se limita a señalar que consagra "...el respeto a las situaciones jurídicas creadas en el extranjero, siempre y cuando no contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto"⁵¹.

Los comentaristas venezolanos a raíz de la publicación del Proyecto revisado se alaban en cuanto al artículo 2 que el mismo fijaba por una parte, la remisión global al Derecho Extranjero, el cual debe ser aplicado de acuerdo a los principios que rigen en el país respectivo, es decir, identificándose con el juez extranjero y tomando en cuenta todas las fuentes del Derecho Internacional Privado y, por la otra, la consagración de que en la aplicación del Derecho Extranjero se realicen los objetivos de la norma de conflicto venezolana que siempre tiene por norte la solución equitativa del caso. Con esto se crea la base para la adaptación del Derecho Extranjero a los fines de las normas venezolanas de conflicto⁵². La referencia a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, contenida en el artículo 5 del Proyecto revisado, no fue objeto de comentario especial.

Por su parte, el profesor Víctor Hugo Guerra planteaba, siguiendo las ideas de la profesora Maekelt, que la expresión "objetivos de las normas venezolanas de conflicto" debe entenderse como referida al logro de la justicia y la equidad de cada caso. A continuación cuestionaba "...¿qué sucede si no se cumplen con tales objetivos?, ¿se procederá acaso a rechazar la aplicación de ese Derecho Extranjero? Indudablemente, no se trata en estos casos de las clásicas excepciones a la aplicación del Derecho Extranjero, como lo son la cláusula de reserva y el fraude a la ley, sin embargo, la respuesta que a esta pregunta brindan las autoridades venezolanas una vez aprobado el Proyecto, deberá estar orientada por el necesario balance entre las nociones de la justicia formal y la justicia material en el Derecho Internacional Privado"⁵³.

⁵¹ Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 207, 210-211.

⁵² Tatiana de Maekelt, Antecedentes y Metodología del Proyecto. Parte General del Derecho Internacional Privado, en *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, 1998 pp. 15, 30.

⁵³ Víctor Hugo Guerra Hernández, La Aplicación del Derecho Extranjero, La Eficacia de las Sen-

Una vez entrada en vigencia la Ley de Derecho Internacional Privado, la doctrina venezolana ha producido limitados comentarios en cuanto a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Así, se ha señalado que esos objetivos se refieren a la subsistencia de la justicia del caso concreto⁵⁴. Otros autores no discuten las implicaciones de la fórmula escogida por el legislador venezolano, aun cuando asocian la fórmula con el problema de las calificaciones⁵⁵. El examen más reciente del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado precisa que el hecho de que se tomen en cuenta los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto no obliga a aplicar el Derecho Extranjero según su contenido sino según los objetivos de las normas antes referidas. De esta manera, no se trata de revivir la tendencia a la aplicación de la *lex fori*. Se trata de una reafirmación de la libertad para obtener una adecuada solución del caso concreto⁵⁶. Se ha señalado que la Ley de Derecho Internacional Privado persigue la justicia material, por tanto, los objetivos de las normas venezolanas de conflicto consisten en obtener dicha justicia material⁵⁷. Asimismo, en materia de calificaciones los comentarios más recientes se limitan a indicar que la Ley de Derecho Internacional Privado no la regula y que, por tanto, la decisión queda en manos del juez⁵⁸. No obstante los anteriores comentarios, somos de la opinión que las disposiciones en examen tienen un mayor alcance. Realmente, tanto la disposición del artículo 2 como del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado despliegan su

►
tencias Extranjeras y la Cooperación Judicial Internacional, en *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, pp. 109, 120.

⁵⁴ Tatiana de Maekelt, *Ley de Derecho Internacional Privado. Comentarios Generales*, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen II, pp. 89, 100; también Guerra Hernández, La noción de justicia concebida por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en *El Derecho privado y procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Tomo II, pp. 498, 504 y ss.; Claudia Madrid, (N. 25), pp. 61, 82 (cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la Ley busca la solución equitativa de cada caso concreto).

⁵⁵ Claudia Madrid, (N. 25), pp. 84-86; José Muci-Abraham, Bosquejo de la Ley de Derecho Internacional Privado; en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen II, pp. 133, 147.

⁵⁶ Tatiana de Maekelt, *Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht*, *RabelsZ* 64 (2000), pp. 299, 314.

⁵⁷ Tatiana de Maekelt, (N. 56), pp. 306-307.

⁵⁸ Tatiana de Maekelt, (N. 56), pp. 315-316.

función en materia de aplicación del Derecho Extranjero. En este sentido, la norma general es la del artículo 2. La referencia a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto contenida en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado tiene relevancia para el caso de que se trate del respeto a las situaciones jurídicas v lidamente creadas según un Derecho Extranjero. En todo caso, la similitud terminológica obliga a buscar elementos comunes.

Ante todo, los objetivos referidos en el artículo 2 y en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado deben ser idénticos. Con esto, sin embargo, no queremos decir que se trate de objetivos generales tales como lo ha formulado la doctrina venezolana que hemos citado con anterioridad (Maekelt; Guerra). Tampoco somos de la opinión que esos objetivos se corresponden con los objetivos de la Ley de Derecho Internacional Privado. En este último sentido, se podría pensar que los referidos objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en la opinión de los que sostienen que tales son los objetivos generales, coinciden con los denominados en la Exposición de Motivos como objetivos primordiales de esta ley. La enumeración contenida en la Exposición de Motivos lista dichos objetivos primordiales as :

✎resolver los antiguos problemas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, caracterizado por sus contradicciones entre los artículos contenidos en el Título Preliminar del Código Civil (8, 9, 10, 11 y 26), por su carácter estatutario, por la dispersión de sus disposiciones en los códigos y en leyes especiales y por el inadecuado factor de conexión personal;

✎ajustar la legislación venezolana de Derecho Internacional Privado a la realidad social del país;

✎adaptar las soluciones internas a los avances consagrados en la codificación convencional, especialmente las convenciones de La Haya y las convenciones interamericanas sobre Derecho Internacional Privado;

✎adaptar las soluciones venezolanas al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas entre los particulares⁵⁹.

⁵⁹ Exposición de Motivos, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, pp. 209-210.

Tal listado, sin embargo, se refiere a los objetivos de la Ley de Derecho Internacional Privado, no a los de las normas venezolanas de conflicto. Esto basta para descartar la identificación entre objetivos de la Ley y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Más adelante volveremos sobre el asunto.

Resulta importante destacar que tanto por lo que respecta al artículo 2 como por lo que respecta al artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, lo relevante son los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, no el contenido material del Derecho venezolano. Se trata de objetivos internacionalistas.

De esta manera, la solución de los artículos 2 y 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado se diferencia de la solución del artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado en materia de adaptación. Esta última disposición prescribe que para el caso de que diversos Derechos puedan regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos.

V | El reenvío y los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

Si bien podría afirmarse que el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado consagra una norma orientadora en materia de calificaciones en el sentido de proponer la calificación funcional o teleológica, su función va mucho más allá. Hay que añadir que el artículo 2 al contrario del artículo 5 no tiene por finalidad servir de instrumento para rechazar la aplicación del Derecho Extranjero, sino para posibilitar su mejor aplicación. De esta forma, mientras el artículo 5 sirve para rechazar el reconocimiento de situaciones perfeccionadas según un Derecho Extranjero, *inter alia*, en caso de que contradiga los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, el artículo 2 impone un deber de armonizar el resultado de la aplicación del Derecho Extranjero con la finalidad perseguida por las normas venezolanas de conflicto.

Como se vimos antes, la revisión del Proyecto original incorporar normas en materia de adaptación, institución desconocida y análoga, entre otras cosas. De esta manera, se descargó la función del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Ese artículo en su concepción

original sirve para regular de manera abstracta y general todos los casos de aplicación de Derecho Extranjero. Así, sirve para hacerle frente a los casos de adaptación y de instituciones desconocidas. Hoy en día esas funciones las cumplen normas independientes.

Como regla general, la remisión hecha por las normas de conflicto venezolanas a un ordenamiento extranjero es global o *máxima*. Es decir, en la solución de los casos de Derecho Internacional Privado, el Derecho Extranjero reclamado como competente por las normas de conflicto venezolanas comprende la totalidad de las normas de ese Derecho Extranjero, incluyendo sus normas conflictuales extranjeras las cuales funcionan antes de que actúen las normas materiales de ese Derecho Extranjero⁶⁰. Serán, en consecuencia, las normas conflictuales extranjeras las que, en la regularidad de los casos, señalarán el Derecho, Nacional o Extranjero, aplicable al caso. Sin embargo, la aplicación del Derecho se añade por la norma de conflicto extranjera quedar sometida a lo que al respecto disponga el Derecho Conflictual venezolano. Así, se acepta el reenvío de primer grado (aparte primero del artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado) y, en un caso especial, el reenvío ulterior (de segundo grado) (encabezamiento). De esta forma, se admite el reenvío ...cuando propende a unificar la solución nacional con la solución del Derecho Extranjero, o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes⁶¹. El último aparte del artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado excluye el reenvío y, en consecuencia, consagra una remisión *máxima* para los casos no previstos en el encabezamiento o en el primer aparte del mismo artículo. En este caso, se aplica el Derecho Material del Estado que reclame la norma venezolana de conflicto⁶².

No obstante la admisión del reenvío en los casos indicados, surge la cuestión de saber si efectivamente la remisión hecha por la norma venezolana de conflicto, a tenor del artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es siempre una remisión *máxima* o global. El artículo 4

⁶⁰ Salvo el caso de las normas de aplicación inmediata o necesaria y de las normas materiales de Derecho Internacional Privado.

⁶¹ Exposición de Motivos, en F. Parra-Aranguren, (N. 22), Volumen I, p. 211.

⁶² Una solución similar que no está prevista en la Ley italiana se encuentra en la Ley relativa a los Principios Generales del Código Civil de la República de Estonia, aprobada en el Riigiko-

de la Ley de Derecho Internacional Privado está formulado en términos absolutos. No contempla excepciones expresas como lo hace, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley italiana N.º 218 de Reforma del Sistema Italiano de Derecho Internacional Privado de 1995⁶³. Para dar respuesta a esta interrogante parecería razonable y técnicamente apropiado acudir al dispositivo contenido en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. De tal forma, el Derecho Extranjero reclamado por la norma venezolana de conflicto se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. Así tendríamos que aun cuando el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado no contempla excepciones expresas al principio de remisión global o máxima a un Derecho Extranjero hecho por la norma venezolana de conflicto, una lectura concordada del artículo 4 y del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado conduce a negar el principio de la remisión global o máxima y aceptar como excepción la remisión mínima en aquellos casos en que la remisión global, es decir la posibilidad de intervención de normas de conflicto extranjero en la determinación del Derecho Aplicable, impidiese la realización de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto. De esta forma, la solución venezolana, se aproximará a la solución contenida en el artículo 4(1) de la Ley de Introducción al Código Civil alemán. Tal disposición consagra, como principio, la remisión máxima o global y, por ello, la aplicación de las normas de conflicto de la *lex causae* en tanto que ellas no sean contrarias al sentido de la regla de conflicto alemana.



gu el 28 de junio de 1994, proclamada por el Presidente de la República mediante Resolución N.º 383 del 13 de junio 1994, publicada en la Riigi Teataja, Parte I 1994, N.º 53, Artículo 889, cuyo parágrafo 126 dispone: / 126 Renvoi: (1) If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of Estonian law, the Estonian law shall apply. (2) If this law or any other Estonian law prescribes application of the law of a foreign country and the law of that country prescribes application of the law of a third country. The Estonian law shall apply. El texto en inglés puede verse en IPRax 1996, pp. 439 y ss., 440.

⁶³ El reenvío no se admite en los siguientes casos: (a) en los casos en los cuales las disposiciones de la presente ley declaran aplicable la ley extranjera con fundamento en la selección efectuada en tal sentido por las partes interesadas; (b) respecto a las disposiciones concer-

Se trata del reconocimiento de una situación de materialización de las normas de conflicto. La norma de conflicto, en supuestos particulares, persigue objetivos específicos de Derecho Material, un resultado determinado desde el punto de vista del Derecho Material. De tal manera, el reenvío sería inadmisibles, o mejor dicho, la remisión hecha por la norma de conflicto del foro sería inadmisible, si el reenvío o la aplicación de las normas conflictuales extranjeras conducen a resultados incompatibles con el objetivo de Derecho Material (sustantivo) perseguido por la norma de conflicto del foro⁶⁴. La referencia contenida en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado no puede entenderse como hecha al objetivo perseguido por el conjunto de las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado⁶⁵. Lo que exige la norma consagrada en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado es que para cada caso particular, para cada norma venezolana de conflicto, se determine cuál es el



nientes a la forma de los actos; (c) en relación con las disposiciones del Capítulo XI del presente Título (Donaciones); (d) en los casos de los artículos 33 (Filiación), 34 (Legitimación) y 35 (Reconocimiento de Hijo Natural), no se tiene cuenta del reenvío sino cuando conduce a la aplicación de una ley que permite el establecimiento de la filiación; (e) en todos los casos en los cuales la presente ley declara aplicable una convención internacional, (artículos 42, protección de menores; 45, obligaciones familiares alimentarias; 57, obligaciones convencionales; 59, títulos de crédito), se sigue siempre, en materia de reenvío la solución adoptada por la convención. El texto de la Ley italiana (Legge 31 Maggio 1995, N.º 218) puede verse en IPRax 1996, pp. 356 y ss. (italiano y alemán). En general, ver G. Parra-Aranguren, El reenvío en la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995, en *Curso General de Derecho Internacional Privado. Problemas Selectos y otros Estudios*, 3.ª Edición, 1998, pp. 397 y ss.; Fausto Pocar, *Das neue italienische Internationale Privatrecht*, IPRax 1997, pp. 145 y ss., 150-151; Francesco Mosconi, Artículo 13, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1995, pp. 956 y ss.

⁶⁴ La disposición equivalente en el Derecho alemán a la solución venezolana en materia de reenvío, producto de la interacción de los artículos 4 y 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es, como se señaló, el artículo 4 (1) de la Ley de Introducción al Código Civil. Tal disposición ha generado polémica en ese país y muy interesantes estudios, de entre los cuales cito el trabajo de Konrad Schmidt, *Die Sinnklausel der Rückverweisung und Weiterverweisung im Internationalen Privatrecht nach Artikel 4 Absatz 1, Satz 1 EGBGB*, 1998.

⁶⁵ Así, sin embargo, parece ser el criterio de los profesores Madrid, Maekelt y Guerra Hernández, antes citados.

objetivo perseguido. Así, se procede a determinar los objetivos para el supuesto específico regulado en la particular norma de conflicto venezolana de que se trate. Esta es la única conclusión conforme con los antecedentes y orígenes de las ideas recogidas en la Ley.

De tal manera, tendremos que la regla contenida en el artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que remite alternativamente a los ordenamientos jurídicos allí señalados, tiende a favorecer la validez formal del acto en cuestión. En todos esos casos la remisión a esos ordenamientos jurídicos persigue un resultado material específico: la validez formal del acto. Tal resultado podrá no lograrse de permitirse la intervención del Derecho Conflictual Extranjero. La respuesta en cuestión a la validez la darán inmediatamente las normas materiales de esos ordenamientos. Sin embargo, si las normas conflictuales de esos ordenamientos conducen a la aplicación de un ordenamiento jurídico en los casos permitidos por el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, cuyos derechos materiales declaren válido el acto en cuestión en cuanto a la forma, entonces deberá admitirse el reenvío en esos casos, pues se alcanza el objetivo perseguido por la norma venezolana de conflicto⁶⁶.

VI | Conclusiones

No existen respuestas fáciles a la pregunta de si se puede resolver el problema de calificaciones mediante una disposición legislativa. En un gran número de países aún se llevan a cabo fuertes debates. Un importante grupo de países ha decidido regular el problema. La mayoría de estos sigue la teoría *lex civilis fori*. Sin embargo, esta postura no es satisfac-

⁶⁶ A modo de ejemplo, igual razonamiento sería aplicable en el caso de los artículos 17, 18, 29, 30, 32 y 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado cuyo objetivo en cada caso concreto es la regulación del supuesto por el Derecho material del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto del foro. Así, en el caso de los artículos 17 y 18 mantener la validez del acto y reducir los supuestos de nulidad por incapacidad; en el supuesto del artículo 29, el Derecho inmediatamente escogido por los contratantes; en el caso del artículo 30, el Derecho con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos; en el caso del artículo 32, el Derecho escogido por la víctima y en el caso del artículo 34, la unidad del régimen sucesoral.

toria. Entre las soluciones domésticas se ha alabado la respuesta portuguesa. Es definitivamente una propuesta original que refleja un punto de vista agresivo sobre este tema. No obstante lo anterior, su formulación no es tan clara como se desearía. El enfoque venezolano contenido en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, originalmente redactado entre 1958-1963, es una norma más sencilla y, probablemente, más conveniente para lograr el concepto de *internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit* (justicia internacional privatista). Como dice el Profesor Jayme, la idea de que el problema de las calificaciones se debe resolver no sólo en relación con el asunto material que es objeto de las calificaciones, sino primero y principalmente mediante el *Sinn und Zweck der Kollisionsnorm* (sentido y propósito de la norma de conflicto) se ha demostrado que es particularmente útil⁶⁷. Esta es la respuesta venezolana al problema de calificaciones, lo cual debe verse como el resultado de una amplia y detallada revisión de ideas principales en el medio ambiente del Derecho Comparado.

La noción de objetivos de las normas venezolanas de conflicto es novedosa en el Derecho Internacional Privado venezolano. Se trata de una noción que interviene principalmente en el campo de la aplicación del Derecho Extranjero, aunque también podría impactar en materia de eficacia de sentencias extranjeras⁶⁸. Como hemos señalado en este trabajo, dicha noción además de orientar las soluciones en materia de calificaciones tiene incidencia en la materia del respeto a los derechos adquiridos y, muy especialmente, al examinar el problema del reenvío. Este ha sido un intento más tratando de explicar su significado. Y, seguramente, no será el último.

⁶⁷ Jayme, (N. 3), p. 214.

⁶⁸ Ver Eugenio Hernández-Bretón, *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*, 2004, p. 135.

Derecho Internacional Privado

El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario

José Carlos Fernández Rozas

I | Euforia codificadora del siglo XIX

1. En un determinado momento histórico la noción de Código, equivalente hasta entonces a la noción libro de leyes¹, adquiere un nuevo sentido como compuesto de normas pertenecientes a una misma rama del Derecho y ordenadas sistemáticamente². Si la recopilación no es otra cosa que un conjunto de leyes en vigor, pero sin constituir por sí misma un verdadero cuerpo normativo, el Código implica una ley general y sistemática referida, generalmente, a una rama del ordenamiento jurídico³. Dentro del pensamiento de la Ilustración...un Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada⁴. Por eso el denominado movimien-

¹ Un estudio fundamental sobre la noción histórica de la codificación se encuentra en la monografía de J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIème au XIXème siècle*, Bruxelles, éditions de l'Institut de sociologie, 1967, 500 pp.

² A. C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile: étude de droit comparé*, Paris, E. De Boccard, 1930, 853 pp.

³ Cf. J. L. de los Mozos, *Iusnaturalismo y pandectismo en las grandes codificaciones modernas*, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho (UCM), 1978, pp. 268-269.

⁴ Cf. F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 465.

to codificador va a incorporar una obsesión por la sistemática que no sólo va a proyectar en la división entre Derecho Público y Derecho Privado, sino que propiciará una marcada especialización de las ramas jurídicas y esta nueva concepción tendrá consecuencias sin precedentes⁵. Asimismo, el movimiento codificador, bajo la influencia del pensamiento individualista-liberal, tendrá la virtud de transformar el régimen de la propiedad feudal o del Antiguo Régimen por formas modernas de dominio y usufructo, aunque se tardará más de un siglo para dar forma a un concepto unitario de propiedad, válido para cualquier situación de la vida cotidiana. En Europa se produce en el siglo XIX y parte del XX, tras la planificación política y cultural consecuencia de la Ilustración⁶, una euforia codificadora consolidándose una cultura basada en el Código, cuya contemplación llega a sacralizarse (la mole mayestática, el *altare consolidato* ...) como un elemento importante de la mitología moderna⁷. La concepción unificada se basaba en una idea revolucionaria que pretendía reducir a una unidad material y formal la legislación implicando una refundación de las diversas ramas del Derecho⁸. Y, como es natural, bajo tal concepción descansaba la fe en la voluntad general democrática de los pueblos; una voluntad depositada en una Razón que se elevaba a la condición de fuente central del Derecho: a diferencia de tradicional *ius commune*, resultaba más compatible con la aspiración de la nueva dinámica social, un ordenamiento jurídico más funcional y más concreto.

Es evidente que dicha euforia está directamente condicionada por el tipo de ideología predominante en la época caracterizada por el liberalismo clásico, por el racionalismo y por el nacionalismo. El primero planteaba que el Estado debía limitarse a garantizar las condiciones necesarias para el libre desenvolvimiento de los ciudadanos y, por lo tanto, no

⁵ A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p. 135.

⁶ J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, Montchrestien, 1997, pp. 190-224.

⁷ Cf. P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998, p. 1. Vid., asimismo, J. R. Narvéz Hernández, El mito de la codificación y la historia del Derecho, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, 2003, pp. 191-214.

⁸ Vid. el trabajo clásico de L. Díez-Picazo y Ponce de León, Codificación, descodificación y recodificación, *ADC*, vol. XLV, 1992, pp. 473-485

debía actuar en los campos de las autonomías privadas, entre las cuales se encontraban las económicas y la libre iniciativa empresarial⁹; dicho en otros términos, el Estado había de abstenerse por completo de la intervención en las actividades comerciales, quedando estas reguladas por la estricta ley del mercado. El segundo no era sino un intento de racionalización de la vida jurídica a través de un entramado normativo cuya misión consistía en señalar la conducta a observar, bien de manera directa o bien por medio del razonamiento y la deducción lógica: presumiendo de un supuesto de hecho general y abstracto una consecuencia jurídica que también posea un carácter general¹⁰; por eso, frente a la acumulación de textos sin unidad interna aparece un sistema de normas organizadas con pretensiones de generalidad y de plenitud¹¹. El tercero trajo consigo una serie de representaciones jurídicas nacionales inconexas unas respecto de las otras relegando el *ius commune* romano-canónico como fondo común tradicional; y tal desconexión se refleja no sólo en las legislaciones estatales sino también, en el sistema de enseñanza del Derecho en toda Europa, que va a quedar limitado al estudio exclusivo de los sistemas estatales, restringiendo en buena medida la contemplación de las experiencias jurídicas y de las doctrinas extranjeras¹²; y a ello debe añadirse, también como factor que explica el periodo, el escaso nivel de integración económica internacional por lo cual las codificaciones nacionales no experimentaban influencias de las regulaciones realizadas en otros sistemas jurídicos.

2. Desde una perspectiva metodológica, el movimiento codificador, sobre todo tras la publicación del Código Civil francés de 1804, produjo un considerable desarrollo del tradicional método de las glosas o de la exégesis. De acuerdo con la referida perspectiva el Derecho es algo per-

⁹ J. Vallet de Goytisolo, Injuicio de la Revolución Francesa en el Derecho civil. Su incidencia en la legislación española, *ADC*, vol. XLII, 1989, pp. 261-316.

¹⁰ Vid. C. Fuentes López, *El racionalismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, pp. 236 y ss.

¹¹ Vid. por todos G. Tarello, *Le idee della codificazione*, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 31 ss.

¹² R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil*, *La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milán, Giuffrè, 2002, x+520 pp.; R. Zimmermann, *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. y prólogo de A. Vaquer Aloy), Madrid, Civitas, 2000, 325 pp.

fectamente dado, acabado y definido en el Código; por tanto, la función de la ciencia es puramente dogmática. Dentro de los defensores de esta importante corriente metodológica, dominante en Francia y en Bélgica hasta finales del siglo XIX, cabe citar a nombres como R.-T. Troplong, F. Demolombe, F. Laurent, Ch. Aubry o Ch. Rau y tuvo su origen, precisamente, a partir de los comentarios al Código de Napoleón. Convertida la obra napoleónica en un documento intocable, los exégetas recomendaban siempre volver a él sus ojos y no salirse de sus cauces ateniéndose a su letra cuando ésta es clara, o a los principios generales de sus leyes, cada vez que se presente una situación de vacío o ambigüedad de sus normas. Tal corriente encontró una extraordinaria repercusión en América Latina¹³, pero tal recepción debe contemplarse con cierta cautela pues cuando llegó al Continente ya había hecho crisis en Europa y ya eran conocidas otras opciones metodológicas.

En términos muy generales puede afirmarse que su punto de partida era el conocimiento del Código a través de las mismas palabras y proposiciones empleadas en su redacción a partir de tres premisas: en primer lugar, todo el Derecho Civil se encuentra en el Código (es bien conocida la célebre frase atribuida a Bugnet: No conozco el Derecho Civil, sólo enseño el Código de Napoleón); en segundo lugar, el conocimiento del Derecho debe recaer sobre sus artículos y solamente sobre ellos; y, por último, la ley debe interpretarse analizando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos. Ello tendrá una evidente repercusión en la enseñanza del Derecho Civil y el la función judicial, en el sentido de que los jueces deben limitarse a aplicar estrictamente el Código extrayendo del tenor literal de cada artículo solución apropiada para los supuestos controvertidos. De esta suerte de escuela de la exégesis que deriva del Código de Napoleón está caracterizada por rendir culto al texto legal, respetando la voluntad del legislador, que se deberá investigar, en caso de duda, a partir de las discusiones parlamentarias. se trata de un método que establece fuertes limitaciones al juez en tanto que no permite su libre interpretación sino, exclusivamente, la aplicación de los textos

¹³ A esta materia se dedica íntegramente el Capítulo 4 (La escuela de la exégesis y su influencia en América Latina) de la obra de C. Ramos Nuez, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Lima, PUCP, 1997, 408 pp.

al caso específico¹⁴. En particular, y de acuerdo a esta concepción, la labor interpretativa de los jueces debía limitarse a en una mera aplicación de las leyes, convirtiéndose en meros instrumentos de la ley reducidos al establecimiento de los hechos y a la subsunción de los mismos bajo los términos de la ley; esto es, la aplicación estricta de la ley: *dura lex, sed lex*. Baste atender a lo dispuesto en el art. 4 del Code: *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*.

3. Los inicios del movimiento codificador europeo no se alejan, en términos generales, de los Derechos tradicionales bavariego, prusiano o austriaco que producen los primeros Códigos. Mas, en estos textos aún no están presentes con nitidez las ideas de libertad ni permiten vislumbrar una firme voluntad de reforma burguesa como luego acontecerá en Francia; baste atender a que el individuo no se encuentra en el centro mismo del diseño normativo, manteniéndose un benévolo paternalismo propio del despotismo ilustrado, encaminado a fortalecer el dominio del poder político absolutista. Por el contrario el paradigma del nuevo sistema, el Código Napoleón, es una afirmación del predominio del Derecho Propio frente al Común por la acción del Estado soberano, que no permite que particulares determinen lo que es justo y lo que no lo es. Ello no implica la desaparición del Derecho Común: antes al contrario, se integra en la legislación nacional. Se asiste, de esta suerte, a un nuevo equilibrio del sistema que pretende no solamente terminar con lo que se consideraba un desorden jurídico inaceptable, sino que se aprovecha la coyuntura para introducir ideológicamente nuevos conceptos entre los destaca la destrucción de las bases políticas y económicas que sustentaban a los estamentos privilegiados lográndose, por fin, la libertad que había conseguido la burguesía tras el triunfo revolucionario¹⁵.

¹⁴ Vid. J. Bonnetcase, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2ª ed., Paris, E. de Boccard, 1924.

¹⁵ Vid. la obra clásica de J. E. D. Bernardi, *De l'origine et des progrès de la législation française, ou Histoire du droit public et privé de la France, depuis la fondation de la monarchie justes et compris la Révolution*, Paris, Bechet, 1816.

4. No qued reducido el movimiento codificador a los pa ses de Derecho escrito. Despleg tambi n una fuerte resonancia en un pa s del *common law* como los EE UU. En vano en 1811, el fil sofo ingl s Jeremy Bentham (1748-1832), escribi al presidente James Madison una carta en la que, a la vez que atacaba la incertidumbre del *common law*¹⁶, ofrec a sus servicios para llevar a cabo la codificaci n del Derecho norteamericano. Madison declin la oferta, pero a os despu s, en el propio pa s surgir a la idea de elaborar un C digo. En 1836, el Parlamento de Massachusetts design una Comisi n con ese prop sito, de ella formaban parte nada menos que uno de los juristas mas brillantes de la historia norteamericana, Joseph Story. Este movimiento tampoco tuvo xito. Empero, la causa codificadora fue retomada en Nueva York por el tenaz abogado David Dudley Field, cuyo C digo Civil (1858-1865) rechazado en este Estado despu s de un largo debate, fue, no obstante, acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895). El objetivo de este autor consist a en condensar el *common law* en f rmulas sistem ticas y accesibles, eliminando anacronismos y adaptado a las condiciones de la poca. No es casual tampoco que hubiera tenido xito en los Estados m s j venes del Oeste, menos atados a las f rmulas hist ricas del *common law*, mientras que en Nueva York, un Estado de viejo origen colonial y vinculado m s estrechamente a la tradici n inglesa, tuvo una f rrea resistencia de los abogados pr cticos. Por todo ello, EE UU no estuvo al margen del proceso codificador. Y ello porque tuvo, como hemos visto, epis dicos intentos de codificaci n del Derecho Privado y porque 1787 elabor una Constituci n escrita, apart ndose en ese sentido de la postura ortodoxa del *common law* que le habr a exigido una Constituci n basada en la tradici n y en las costumbres y, en tercer lugar, porque en su propio territorio subsist an regiones que pertenec an al sistema romanista, como la ex colonia francesa de Lousiana, donde se dict un C digo Civil en 1808, a tan solo cinco a os de la venta del inmenso territorio de Nueva Orleans a favor de los EE UU¹⁷.

¹⁶ E. Dumont, *De l'organisation judiciaire et de la codification: extraits de divers ouvrages de J r m i e Bentham* (traducido con observaciones por P. Rossi), Paris, Bossange, 1828, 483 pp.

¹⁷ El primer C digo Civil emitido en Am rica fue el de la Luisiana, desde 1803 perteneciente a EE UU por cesi n de la Francia napole nica. Ello ocurri en 1808, y el cuerpo legal entonces promulgado exhibi el nombre de *Digeste de la loi civile*. La principal caracter stica de esta

II | El Código Civil de los franceses de 1804. Código de Napoleón y su expansión

Un Código sinónimo de certeza y plenitud

5. En una fecha que hoy es un hito de la historia contemporánea, el 21 de marzo de 1804, el primer consul Bonaparte promulgó el Código Civil de los franceses. Un Código que desde sus orígenes puso de relieve su carácter ecléctico y no *ex novo*: por una parte, sus redactores efectuaron una investigación sobre las costumbres de Francia y, por otra, sometieron estas costumbres al examen de la razón y a la herencia de la Revolución. Es obvio que el predominio de la razón así entendida condujese a los modernos de los siglos XVI a XVIII a repudiar con carácter general la falta de sistematicidad que descollaba en la vida social. No en vano el racionalismo echó por tierra la autoridad de la costumbre. Los ataques de T. Hobbes¹⁸, F.M.A. Voltaire y J. Bentham, en tres momentos distintos y claves del pensamiento moderno, evidenciaron elocuentemente el pensamiento iluminista, que daba por sentada la sagacidad del príncipe como legislador y que insistía en el carácter genérico, uniforme y evidentemente racional de la legislación. Y es entonces cuando se produce uno de los mayores éxitos de la Ilustración: frente a la indeterminación generada por la pluralidad de normas existentes, los iluministas presentan el Código como sinónimo de certeza y plenitud, requisitos estos a los que, ciertamente,



obra era un anuncio de la que habría de persistir en las sucesivas codificaciones impulsadas en el continente durante unos cuarenta años, a saber, la casi exclusiva influencia del *Code Napoléon* en ella. El *Digeste de la loi civile*, en efecto, se basó preponderantemente en ese código y, lo que resulta muy curioso, también en el que fue su proyecto presentado en 1800 por la célebre comisión que presidió Portalis. Para algunos estudiosos, incluso fue mayor la influencia de ese proyecto en el *Digeste* que la del código mismo. Vid. B. Schwartz, *The Code Napoleon and the Common Law World: the Sesquicentennial Lectures Delivered at the Center of the Law Center of New York University*, Nueva York, University Press, 1956.

¹⁸ Para T. Hobbes la tradición jurídica anglosajona basada en la jurisprudencia (costumbre de los tribunales), constituye, al igual que para J. Bentham, un caso atípico. Así, por ejemplo, afirma en el *Leviatán* que la sentencia de un juez no le obliga a dar a otro juez posteriormente la misma sentencia en casos análogos (capítulo 26).

debe atribuirse el comienzo de la afortunada singladura del asimismo denominado *Master system*. La relativamente rápida aceptación del mismo, incluso durante el siglo XVIII, depende de determinadas circunstancias presentes ya en la época y que se manifestaron o expresaron a través de sendos principios ya entonces vigentes, el estatalista y el garantista¹⁹.

6. En Voltaire, el rechazo de la costumbre se fundamentaba en su oposición frontal al particularismo jurídico. La réplica volteriana lamenta que, lograda la unidad política de Francia merced en buena parte a la tendencia centralista desplegada por la monarquía absoluta, la unidad jurídica todavía parecía muy lejana toda vez que en Francia se mantenía una marcada división entre regiones de *droit écrit* y de *droit coutumier*: un pluralismo jurídico insoportable para el iluminismo que debía caracterizar la obra del legislador restringiendo la labor de interpretación jurídica por parte del juez²⁰.

Es cierto que Bentham no desconocía méritos a la costumbre, admitiendo que sus raíces profundas la investían de cierta autoridad; no obstante discrepaba con la idea de preservarla como tal, sin una previa homologación legislativa. A su juicio, el Derecho exigía, por medio de un Código, la forma de un cuerpo legislativo puro, donde cada parte se integrase a las otras conforme a los criterios de la aritmética y de la geometría. En tal construcción la costumbre tenía un lugar relevante siempre que fuera absorbida totalmente por la ley y, en tanto esta circunstancia no tuviese lugar debía considerarse a ésta como una regla inconveniente e ilegítima, por la cual merecían gobernarse sólo los animales: una fuente espontánea, particular, segmentada y localista que, en su opinión, debía que ser considerada con indiferencia por quien procuraba implantar en el plano jurídico el imperio de la Razón. La costumbre debía entonces ser codificada toda vez que el Derecho requería, por medio del Código, la forma

¹⁹ Vid. C. Ivarez Alonso, La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 c. a.), *Historia Contemporánea*, N.º 4 junio 2003. <http://h.c.rediris.es/cuatro/articulos>.

²⁰ Ello haré proclamar a Voltaire: Existen en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar. *Voz Coutumes*, en la edición francesa del *Dictionnaire Philosophique*, vol.V, París, 1833, p. 248.

de un cuerpo legislativo puro, donde cada parte se integrase a las otras conforme a los criterios de la aritmética y de la geometría. Este planteamiento debe situarse, sin embargo, en un contexto socio-histórico muy preciso. En la Inglaterra de la revolución industrial, donde escribe Bentham, la indefensión era la nota dominante y únicamente el imperio de la ley escrita podía dotar de seguridad jurídica a un ciudadano que carecía de ella cuando no tenía otro instrumento que la costumbre en la resolución de conflictos. Es precisamente en el entorno inglés donde Bentham postula su misión codificadora puesto que la costumbre no sentaba ninguna predicción firme acerca de cuál iba a ser la reacción del Derecho ante una infracción o ante un conflicto de intereses o, incluso, sobre cuales eran los supuestos jurídicos previstos por el Derecho: la costumbre sin Derecho escrito y público sólo beneficiaba a jueces y abogados, ricos capaces de escrutar el imprevisible contenido del Derecho, y perjudicaba al ciudadano que costeaba procesos interminables y hartos morosos. Cuanto más se dilatará el proceso más beneficios obtendrá un juez sin salario fijo que cobraba según los honorarios del caso.

Un Código tributario de la “razón universal” llamado a aplicarse a todos los pueblos

a) Fundamentos políticos

7. El Código Napoleónico es expresión de un momento determinado de la historia; mejor aún: el corolario; viene a ser algo así como la consumación de la Revolución Francesa²¹. Por ello, tributario de la razón universal, para sus redactores el Código Civil estaba llamado a aplicarse a todos los pueblos. Convertido en un eficaz instrumento de transformación de la sociedad francesa de su época, logró satisfacer los intereses de la burguesía: de un lado, configurando un contexto social proclive a eliminar las desigualdades interclasistas; de otro estableciendo un sistema abier-

²¹ Vid. con carácter general la obra colectiva de C. Ruiz Sanz y otros, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, Colección Prudentia Iuris, 2003, 273 pp.

to a la libre circulación de bienes; no en vano el *Code* ha sido considerado como la expresión del orden del mercado²².

Sin embargo, pese a la novedad que significó para Francia, el *Code* no produjo una ruptura radical con el pasado sino que fue más bien una obra moderada y apartada en gran medida del pensamiento jacobino. Se trata, en efecto de un Código que no se dictó ni al comienzo ni a la mitad de la Revolución²³, si no cuando ésta ya había finalizado, de suerte que no fue, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano por ejemplo, un instrumento absolutamente democrático o radical. Constituye más bien la expresión legislativa de una burguesía ya triunfante, que ha logrado la toma del poder por lo que sería un error considerar que al Código Napoleónico como un Código radical²⁴. Baste atender a que los intentos que se realizaron durante la Revolución Francesa para elaborarlo fracasaron.

8. Se dice que los Códigos tienen que ser obra de juristas, no de ideólogos ni de filósofos, con independencia de que aquellos incorporen su propia ideología. Al margen de la bondad de esta afirmación es evidente que los muchos juristas convocados por Napoleón para la redacción del Código habían formado parte del antiguo régimen e, incluso, algunos de ellos habían sido funcionarios; uno de ellos había sido abogado de Luis XVI. Mas el Código Civil francés fue ante todo la expresión de la voluntad política infalible de Bonaparte, que supo rodearse de eminentes juristas procedentes de las más diversas familias del Derecho y de la política: Tronchet, Portalis, Bigot de Prémeneu y Maleville²⁵. De la eficacia de estos

²² X. Martin, *Fondements politiques du Code Napoléon*, *Rev. trim. dr. civ.*, 102, n.º 2, 2003, pp. 247-264; *id.*, *Mythologie du Code Napoléon*, Boure, Dominique Marten Morin, 2003, 510 pp.

²³ Las distintas tentativas codificadoras llevadas a cabo durante la Revolución han sido estudiadas por J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992, 309 pp.

²⁴ X. Marten describe al Código Napoleónico como elemento de cohesión y símbolo del siglo de las luces a la vez, contemplándolo como un intento por poner orden a la etapa posrevolucionaria. *Human Nature and The French Revolution, From the Enlightenment to the Napoleonic Code*, Oxford-Nueva York, Berghan Book, 2003, 302 pp.

²⁵ Los elegidos fueron: Francois Denise Tronchet: Presidente del Tribunal de Casación, abogado en el Parlamento de París y diputado por el tercer estado; defensor de Luis XVI en el juicio que terminó con su condena a muerte; era experto en el Derecho del centro y norte del

hombres nació un conjunto jurídico coherente, claro, accesible para todos, en el que se efectuó la síntesis del antiguo Derecho y de las conquistas revolucionarias. Ninguno de los juristas que hizo el Código podría decirse que era claramente jacobino y precisamente Napoleón tuvo la sagacidad (Talleyrand v. Fouché) de elegirlos con la finalidad de redactar un Código que tuviera una naturaleza hasta cierto punto ecléctica: recoger ciertas conquistas de la Revolución (libertad e igualdad ante la ley), manteniendo un nuevo orden social que no se alejase de muchos elementos consustanciales al antiguo régimen. Por eso dentro de la mitología inherente al Código de Napoleón se suele insistir en sus facetas conservadoras. En todo caso, la moderna historiografía concede un papel relevante al por entonces Primer Cónsul en la redacción del Código que lleva su nombre y que ya había sido puesto de relieve por René Savatier en uno de sus primeros escritos²⁶; sobre todo en lo que se refiere al Derecho de la persona. Napoleón nunca olvidó su concepción en torno a la unidad jurídica de la familia pues era decidido partidario de una familia fuerte sometida a la autoridad del padre y de vigorizar la institución matrimonial estableciendo taxativamente que los esposos se obligan mutuamente a comunidad de



país y el Derecho común y le cupo la responsabilidad de presidir la Comisión. Jean Étienne Marie Portalis, Comisario del Consejo de Presas, abogado de tendencia moderada, debió exiliarse entre 1797 y 1800 por encontrarse vinculado con los emigrados políticos; a su regreso fue nombrado senador y ministro durante el Consulado y el Imperio; era abogado del parlamento de Aix y conocía bien la costumbre del Este; fue agudo crítico de la época del terror y no se identificaba con las ideas revolucionarias ni con el racionalismo, al que imputaba la destrucción de la tradición. Félix Julien Jean Bigot de Préameneau, Comisario del Gobierno ante el Tribunal de Casación, abogado en el departamento de Rennes y especialista en la costumbre del Oeste. Jacques de Maleville, Abogado en el parlamento de Burdeos, integró el Tribunal de Casación como Secretario y conocía la costumbre del sudoeste; publicó en 1805 una obra donde analizaba la discusión del Código ante el Consejo de Estado.

²⁶ Vid. el opusculo de R. Savatier, *L'Art de faire les lois. Bonaparte et le Code Civil*, Paris, Dalloz, 1927, 47 pp. El autor describe, no sin cierto apasionamiento, a nuestro personaje: "Le Premier Consul était alors maigre, pâle, passionné, avec des yeux brillants. Il habitait ses trente ans d'un habit vert qui n'engonçait rien, ne vieillissait pas en lui le jeune homme, ne transformait pas en civil le soldat et ne déteignait nullement sur la couleur peu parlementaire de son éloquence. Il était le plus naturel, le seul fantaisiste, le seul spontané de l'Assemblée, le seul, à propos du mariage, à parler des brunes et des blondes, des yeux noirs et des yeux bleus, et à se permettre de croire

vida (art. 215). Como es evidente, por los problemas de descendencia que le obligaron a repudiar a Josefina a su pesar, también estaba inclinado a reforzar la adopción. Y aunque en aquellos momentos condenaba sus eventuales excesos, no se oponía al mantenimiento de la modalidad de divorcio por consentimiento mutuo instaurado por la Revolución²⁷.

Incorpora el *Code civil* sobre todo una concepción del Derecho reformadora de la sociedad, unificadora de la nación e instrumento de igualdad. Se configura en tal sentido como un motor de modernización de la sociedad civil para asegurar la propagación de las ideas de las Luces y de la Revolución. A partir de su entrada en vigor todos los individuos gozan de derechos y deben acatar las mismas reglas, separadas de las prescripciones religiosas. Las personas se encuentran, a partir de ese momento, sujetas desde su nacimiento hasta su muerte a un Estado civil laico simbolizado por el matrimonio civil. Esta laicidad es patente al suprimirse cualquier referencia a la divinidad; no olvidemos que Napoleón confirmó ciertos cambios realizados por la Revolución al poner punto final a la separación entre las Iglesias y el Estado, estableciendo un primer umbral de laicización. De esta suerte, y pese a los beneficios para la Iglesia derivados del Concordato de 1801²⁸, el Estado tiene un fundamento laico, y el Código Civil de los franceses no incluye prescripción religiosa alguna. Se laiciza el estado civil, y el matrimonio civil constituye un requisito previo y obligatorio de cualquier ceremonia de matrimonio religioso (libre y facultativo).



que ces détails puissent avoir leur importance. Lui seul plaisait dans cette assemblée de gens graves... Mais, en Bonaparte, ce n'était pas seulement le séducteur qui faisait la conquête, c'était aussi le maître. Cela se sent à la lecture. L'éloquence de Bonaparte, ce sont des phrases nettes, coupantes, qui font image, qui parlent, qui vivent, qui marchent, 'des traits de feu' dit Taine, 'dardés par son esprit'... Enfin, l'autorité se réunissant à la séduction et à l'intelligence, quelque chose de si saisissant émane de la parole de ce jeune homme passionné et impérieux qu'au coin de la table un conseiller d'Etat, Thibaudeau, ne se tient pas de noter au vif les incartades de cette parole".

²⁷ Tras la Restauración borbónica la institución del divorcio fue suprimida por una Ley de 8 de mayo de 1816 y solo fue reinstaurada por la Ley Naquet de 27 de julio de 1884. Tal supresión dio origen a ciertos supuestos de la jurisprudencia francesa en el ámbito del Derecho internacional privado, como el célebre asunto *Beaufremont*. El divorcio por mutuo consentimiento hubo de esperar a la Ley N.º 75-617, de 11 de julio de 1975.

²⁸ En dicho instrumento Pío VII reconoció algunas reformas revolucionarias contenidas en la Constitución Civil del Clero, tales como la libertad de cultos, la nacionalización de los bienes eclesásticos y la disminución del número de diócesis. Mas Napoleón se comprometió a sos-

El resultado de este proceso codificador, la elegancia y la claridad de su estilo pero, sobre todo, la modernidad del espíritu, el equilibrio que el Código mantiene entre derechos y obligaciones, los valores en los cuales se fundamenta (libertad, igualdad y también voluntad y responsabilidad) explican su asombrosa longevidad en Francia y su éxito internacional²⁹.

b) Rasgos esenciales del contenido del *Code*

9. Del contenido del *Code* cabe destacar algunos aspectos trascendentes para los futuros desarrollos del Derecho teniendo en cuenta la influencia que registró en todos aquellos países europeos y luego americanos que adoptaron la codificación como forma de ordenar sus propios sistemas gubernativos.

El libro primero dedicado a las personas contiene básicamente la regulación de la capacidad y goce de los derechos civiles para cualquier ciudadano francés, aun cuando restringe el mínimo el derecho de las mujeres; en efecto, al padre de familia y al esposo se le atribuye un lugar preponderante para garantizar el orden en el seno de la familia. Solo el padre tiene el Derecho de Potestad pudiendo impedir el matrimonio hasta los 25 años de los hijos varones y hasta los 21 en las mujeres, aun cuando tuvieran autorización de la madre. El marido tiene el deber de mantener a la mujer que se ocupa del hogar, no pudiendo esta última contratar ni disponer de los bienes sin consentimiento del cónyuge, ni presentarse a juicio como demandante sin su autorización. Excluye la intervención del Estado en las relaciones familiares, creando un Consejo de familia constituido por parientes y limitaba la libertad de disponer por testamento según la cantidad de hijos que se tuviera. En el *Code* se reglamenta, asimismo, la existencia del registro del estado civil, secularizando las relaciones familiares, lo cual había sido una de las reformas de la revolución. La familia patriarcal de origen romano fundada en la patria potestad es reemplaza-

► tener el culto católico y pagar sueldo a los sacerdotes, reservándose el derecho de nombrar obispos que le debían prestar juramento de fidelidad, no obstante lo cual la investidura la otorgaba el Pontífice, con lo cual quedaba establecido de hecho una suerte de patronato a favor del gobernante.

²⁹ D. Berthiau, *Un code pour l'éternité ?*, *Revue d'Histoire du Droit français et étranger*, 2003-2, pp. 195—226

zada por la burguesa, donde aquella cesa con la mayor a de edad (21 a os), eliminando cualquier v nculo feudal o gremial con el Estado³⁰. Como hemos tenido ocasi n de apuntar, seculariza el matrimonio, extray ndolo de la competencia de la Iglesia y transform ndolo en un contrato civil. Conserva el divorcio-sanci n por adulterio, crueldad o injuria grave y mantiene el que se verificaba por mutuo acuerdo³¹.

Evidentemente, el C digo es tributario en este mbito de las antiguas leyes feudales donde las mujeres carec an de capacidad econ mica plena; y esto fue cierto especialmente para las mujeres casadas quienes estaban totalmente sometidas a la tutela de sus maridos. Por ese es frecuente la afirmaci n de que el C digo consagr la muerte civil y pol tica de la mujer; declar ndola incapaz legal y someti ndola, seg n los casos, a la autoridad del padre, del hermano o del marido. No es de extra ar pues, que entre las reivindicaciones principales de las primeras feministas estuviera el derecho a disponer libremente de sus bienes, del propio salario, por ejemplo. nicamente en el siglo XX se conseguir en estos pa ses romper la legislaci n discriminatoria.

10. En cuanto a los libros restantes, se advierte la transformaci n de la estructura de la sociedad civil, a trav s del Derecho de Propiedad y la regulaci n de los contratos. Proh be los fideicomisos, elimina los mayorazgos y sienta el principio de la igualdad de los herederos, con lo cual favorece la fragmentaci n de las propiedades otrora en manos exclusiva de la nobleza. Establece el principio de la libre disposici n de los bienes y el Derecho de Propiedad absoluto para gozar y disponer de los bienes, salvo el uso contrario a la moral y buenas costumbres, aconteciendo lo propio con la autonom a en materia contractual. Cuando el C digo de Napole n en sus arts. 544 y 545 declara que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa del modo m s absoluto sin otras limitaciones que las legales, y que nadie puede ser privado de su propiedad m s que por expropiaci n, fundada en causa justificada de utilidad p blica y previa la correspondiente indemnizaci n, en realidad lo que hace es acre-

³⁰ X. Martin, , tout ge? Sur la dur e du pouvoir des p res dans le Code Napol on , *Revue d'histoire des facult s de droit et de la science juridique*, N... 13, 1992, pp. 227—301

³¹ Vid. J. Bonnacase, *La philosophie du Code Napol on au droit de la famille*, Paris, Boccard, 1928, pp. 22 ss.

editar uno de los resultados de la Revolución de 1789 que figuraba en la declaración de Derechos del hombre que inició la Constitución de 1793. Introduce el desarrollo de la teoría de la responsabilidad por daños, incluyendo la objetiva por culpa encabezando el pensamiento futuro de la denominada escuela subjetivista o clásica de la responsabilidad, dominante en los Códigos Civiles decimonónicos que corresponden a una economía predominantemente agrícola; conforme a tal concepción, es la actuación culpable o dolosa de quien realiza el acto la que justifica su obligación de resarcir perjuicios; no obstante, quien incumple una obligación o causa un daño por caso fortuito no queda obligado a indemnizar perjuicios: a lo imposible, nadie está obligado; de esta suerte la culpa en materia de responsabilidad extracontractual se configura como un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al deber de resarcir.

El libro final trata de las sucesiones, de las obligaciones y los contratos en general y en particular y de algunos derechos reales³². Concretamente en materia hereditaria sanciona el procedimiento de la sucesión romana, pero no hasta el punto de considerar una misma persona al causante y al heredero: la sucesión en la persona pasa a ser reemplazada por una sucesión en las titularidades jurídicas. Todo el conjunto reposa sobre la base de un modelo liberal capitalista que favorece y preserva los derechos de la burguesía, estableciendo un efectivo equilibrio entre los derechos y deberes de cuyo revolucionario y las costumbres y derechos preexistentes.

II. La promulgación de este texto legal marca un hito en el desarrollo posterior y en la codificación del Derecho Civil tanto en Europa como en América, sin que su influencia se viera afectada por la caída del imperio napoleónico. De lo expuesto no puede extraerse que autores como A.J. Arnaud hayan considerado que el Código es como un juego que establece determinadas reglas, burguesas, en donde se dice quiénes pueden jugar y quiénes no³³. Quiénes juegan son especialmente aquellos que son ciuda-

³² J. L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, 296 pp.

³³ A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil*, Paris, R. Pichon y R. Durand-Auzias, 1969, 326 pp.; *id.*, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon y R. Durand-Auzias, 1973, 182 pp.

danos, franceses, varones y propietarios. Esta es la razón que justifica la regulación de la atribución y la adquisición de la nacionalidad francesa. Por tanto, de las reglas de juego están excluidos los extranjeros (salvo acreditación de la reciprocidad y con múltiples restricciones en el ejercicio de los derechos), las mujeres, los menores de edad, es decir todavía el Código Napoleónico es un Código patriarcal, que tenía disposiciones francamente conservadoras. Por ejemplo, la mujer no tenía la posibilidad de disponer de sus bienes, no tenía la representación de la sociedad conyugal, el marido podía disponer de los bienes conyugales sin pedirle ninguna clase de autorización a la mujer; estaba prohibida la indagación judicial, es decir si hubiera un juicio para lograr la filiación de la paternidad extramatrimonial ilegítima, de tal manera que los hijos extramatrimoniales si no eran reconocidos voluntariamente por sus padres se encontraban en un limbo jurídico. En fin, hay una serie de detalles que hacen que el Código Napoleónico revele un aspecto liberal pero un reverso de la moneda de carácter claramente conservador. Dicho en otros términos, es un reflejo de las conquistas democráticas, pero también incluye un talante conservador que venía de una burguesía triunfante que no necesitaba de formular ninguna reivindicación porque ya se encontraba situada en el poder³⁴.

Un hito en el desarrollo posterior de la codificación del Derecho Civil

12. La codificación es un proceso moderno enraizado a ciertos Estados que pertenecen a una familia jurídica romanista, o del *civil law*³⁵, por el contrario, en todos aquellos países que pertenecen a la esfera anglosajona la codificación ha tenido un impacto diverso. Curiosamente en EE UU donde se registró una notable influencia francesa para la elaboración de su Constitución no se percibe en términos generales la impronta del Código Napoleónico. Los países que mayor influencia han recibido han sido en principio los europeos, por la invasión napoleónica, pero también los países latinoamericanos. En este caso no como una invasión sino bajo

³⁴ J. Pr vault, *Le Code Napoléon: ses fondements philosophiques et son rayonnement dans le monde*, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, 1985.

³⁵ M. Ascheri, *A Turning Point in the Civil-law Tradition: from *ius commune* to Code Napoleon*, *Tulane Law Rev*, vol. 70, 1996, pp. 1041-1051.

un proceso de recepción voluntaria del Derecho. Concebido el Código como un sistema lógico de normas universales se construyó una especie de cultura de Código que impuso un determinado modo de razonar que ha llegado hasta nuestros días³⁶.

El Código Civil francés se impone rápidamente en primer lugar por el Derecho de conquista que significó la expansión del imperio napoleónico³⁷. Así fue adoptado por Bélgica³⁸, Luxemburgo, y luego se extendió a los Países Bajos, cantones de la Suiza francesa³⁹, principados italianos, polacos y alemanes, entre otros⁴⁰. Su caída en 1815 originó distintas reacciones si bien aun aquellos países que lo derogaron dictaron otros basados en su normativa. También influyó en su difusión la política colonial francesa (Canadá, Luisiana⁴¹), África, Oriente Medio). Napoleón quiso extender las instituciones revolucionarias por convicción ideológica, pues creía en la superioridad de los ideales de racionalidad y justicia propios de la Revolución, y por consideraciones prácticas: contribuir a la unificación del imperio y servir a su control, eliminando cuerpos intermedios y privilegios, para suministrar dinero y hombres y para atraer a la burguesía y al campesinado. Pero la extensión de estas instituciones se acompañó de la flexibilidad en su puesta en práctica. Esta flexibilidad, junto con la progresiva moderación del régimen, hizo que la fidelidad en la implantación de los principios revolucionarios de que eran portadoras las instituciones fuese diversa, en función del grado de control de la sociedad en la que se aplicaban, diferente según se tratase de territorios incorpora-

³⁶ Cf. V. Tau Anzoategui, Una cultura de Código, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), N.º 26, 1998, pp. 538-539.

³⁷ Dentro de la numerosa bibliografía existente destaca el reciente volumen colectivo, *Le Code Napoléon, un ancêtre vénéré? Mélanges offerts à Jacques Vanderlinden*, Bruselas, Bruylant, 2004, 592 pp.

³⁸ R. Piret, Le Code Napoléon en Belgique, *Revue internationale de droit comparé*, 1954, pp. 753-791.

³⁹ J. F. Poudret, Les limites de l'influence du Code Napoléon sur les codifications romandes du XIX^e siècle, *Revue historique de droit français et étranger*, N.º 69, 1991, pp. 41-61.

⁴⁰ M. D. Bocsan, Le Code Napoléon en Roumaine au siècle dernier, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 56, 2004, pp. 439-446.

⁴¹ R. Batiza, The Louisiana Civil Code of 1808: Its actual sources and present relevance, *Tulane Law Review*, N.º 4, 1971, pp. 4-165.

dos al Imperio o de estados vasallos o simplemente aliados; de las características de la sociedad en que se aplicaba, distintas según hubiesen experimentado o no un proceso de reforma previo y dispusiesen o no de estructuras más o menos parecidas a las francesas; y de la época en que ello tenía lugar: no fueron lo mismo los primeros momentos que los últimos años del Imperio, cuando el régimen se había hecho más conservador.

13. En términos generales puede decirse que hubo una mayor fidelidad al modelo conforme era más temprana y mayor la integración al Imperio y más grande la afinidad inicial a la sociedad francesa. Mas, tampoco hay que olvidar que, para la realización de las reformas, se tuvo que contar con el personal administrativo adecuado, que en sus estratos bajos era necesariamente local, y con la colaboración de los notables del lugar, factores ambos que tendieron a diluir la profundidad de las transformaciones. La vinculación del Código al Imperio explica su escasa influencia en Portugal. En efecto, el Código Civil portugués de 1867 fue el que recibió una influencia menor del Código de Napoleón toda vez que en sus trabajos preparatorios se quiso conservar en la medida de lo posible el antiguo Derecho portugués. Sin embargo el modelo sería acogido en otros países alejados en principio a la influencia francesa como Rumania.

III | Repercusión del modelo en América Latina

Opciones en torno al Derecho colonial heredado

14. La evolución de las controversias políticas, sociales, ideológicas, culturales y económicas que se desarrollaron en los países de América Latina recientemente independizados permite la comparación de los procesos particulares que se registraron en cada país en lo relativo a la formación de instituciones políticas. Si bien se importaron modelos político-ideológicos de otros países (federalista, centralista, republicano, presidencialista, parlamentario, liberal, conservador, etc.), las circunstancias específicas de cada país obligaron a que se imprimieran matices a los proyectos de Estado, lo que dio por resultado sociedades con grandes diferencias entre sí, pero en algunos casos también con enormes semejanzas. Adentrándonos en las motivaciones que impulsaron el proceso codificador latinoamericano inevitablemente nos encontraremos con un importante escollo:

poco o nada se ha dicho sobre las condiciones sociales o, culturales en general, que acompañaron dicha formulación⁴².

15. Dentro del estricto campo del Derecho Privado o, si se quiere, en el interior de las raíces mediatas del Derecho romano⁴³, no puede negarse que la identidad jurídico-cultural del Derecho latinoamericano se extiende durante el largo periodo de dominación colonial⁴⁴. El Derecho indiano aplicable a los territorios de ultramar construyeron las bases de lo que luego de la independencia política comenzó a adquirir identidad nacional a través de la codificación. De hecho, la independencia de la América española marcó el fin de la época indiana, pero no del Derecho indiano⁴⁵. El Derecho indiano que rigió en América española desde la época de los descubrimientos hasta la codificación, es decir, en términos generales, desde fines del siglo XV hasta la segunda mitad del siglo XIX, estuvo conformado por elementos del Derecho castellano, indígena y el específico

⁴² Destacan, indudablemente, los trabajos de A. García Brito por manejo directo que hace de todos los proyectos de Códigos Civiles y de todos los Códigos Civiles de América Latina que culminaron en su monografía, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 624 pp.

⁴³ La preponderancia del Derecho romano en el Derecho de los países de América Latina es una característica recurrente. Dentro de la extensa literatura que existe sobre la materia Vid. J. M. Castañón Viquez, *El sistema de Derecho privado americano*, *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol IV, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1969, pp. 157-188; A. M. Villela, *Derecho romano e sistema jurídico latino-americano*, *Revista de Informação Legislativa* (Brasil), 1981, pp. 115-124; P. Catalano, *Sistemas jurídicos. Sistema jurídico latino-americano y Derecho romano*, *RGLJ*, t. CXXXI, 1982, pp. 166 ss; R. Iglesias y M. Morineau, *La influencia del Derecho romano en el Derecho civil mexicano: los Códigos civiles de 1870, 1884 y 1928*, *Revista de Derecho Privado* (México), 1992, pp. 51-63; D. P. Fernández Arroyo, *Sobre la existencia de una familia latinoamericana*, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, época II, N.º XXVI, 1994, pp. 73-109.

⁴⁴ A. M. Garro, *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America*, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 587-616.

⁴⁵ Un estudio en profundidad acerca de la característica del Derecho patrio o nacional, frente al de Derecho común en España y de la pervivencia del Derecho común en hispanoamericana se encuentra en el último apartado del libro de B. Bravo Lira, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, XXXVIII + 373 pp.

de Indias . Entre 1571 y 1750 se consolida el Derecho indiano y entre 1750 y 1900 el Derecho Patrio o Nacional surge por encima del Derecho Com n . El Derecho indiano encuentra su ltima fase en la Independencia de Am rica y fenece con la codificaci n⁴⁶.

Ahora bien, la codificaci n del Derecho Privado en Am rica Latina no tuvo como objetivo perseguir la uniformidad del Derecho Privado de las j venes Rep blicas, sino m s bien afirmar la naciente soberan a pol tica mediante un sistema legislativo inteligible y m s accesible que la dispersa, profusa y confusa legislaci n colonial. Por descontado, durante el periodo de la conquista, hablar sobre influencias europeas en Am rica Latina es referirse al Derecho espa ol⁴⁷. En aquel entonces el Derecho espa ol estaba constituido por un conglomerado de leyes y disposiciones, consecuencia de una actividad legislativa casu stica y carente de m todo. Los textos legales eran de distinto origen y redactados en distintas pocas, lo que dificultaba su comprensi n y aplicaci n.

16. La mayor a de las naciones latinoamericanas alcanzaron su independencia entre 1810 y 1825. Como es lgico, las leyes que vinculaban a las ex-colonias con Espa a fueron derogadas o simplemente quedaron sin efecto. Sin embargo, en lo que respecta a la legislaci n civil, el cambio lleg m s tard amente. Despu s de declarada la independencia, los nuevos Estados no sintieron ninguna urgencia en dedicarse a la elaboraci n de leyes que reemplazaran a la legislaci n civil espa ola. En la b squeda de modelos, se puede observar homogeneidad en todas las rep blicas latinoamericanas. Curiosamente, en lo que se refiere a organizaci n pol tica, todas adoptaron el sistema norteamericano, pero en lo que a Derecho Civil se refiere, al menos en el siglo XIX, se sigue en una u otra medida al modelo franc s⁴⁸. Posteriormente, sin embargo, surgi entre los juristas, pol ticos e intelectuales en general, que formaban parte de los estratos dirigentes de los nuevos Estados, la pretensi n de reformar el viejo Derecho heredado, mediante su sustituci n por una legislaci n nacional. Esta,

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 5-51.

⁴⁷ L. Moisset de Espanes, Derecho civil espa ol y americano. Sus in uencias rec procas , RDP, 1972, pp. 599-614.

⁴⁸ B. Bravo Lira, Codi caci n civil en Iberoam rica y en la Pen nsula ib rica (1827-1917). Derecho nacional y europeizaci n , en A. Levaggi, ed., *Fuentes ideol gicas y normativas...*, op. cit.

atendida la época, no podía menos que ser formulada bajo la forma de códigos al estilo moderno. Ya hemos tenido ocasión de afirmar que durante la primera mitad del siglo XIX, el modelo más prestigioso fue el Código Napoleónico; de hecho, las primeras codificaciones aparecidas en tierras americanas fueron imitaciones y hasta traducciones del Código francés.

17. No puede extrañar que durante esta etapa post-colonial, la armonía jurídica latinoamericana quede reafirmada a través de la influencia predominante del *Code Civil* Napoleónico y el abundante cuerpo de doctrina que acompaña su recepción. En este punto, sin embargo, conviene hacer algunas distinciones entre la corriente codificadora civil y mercantil, y entre diferentes grupos de países conforme a la influencia más o menos directa del modelo francés o español y destacar a la vez la influencia retrocedida de los códigos latinoamericanos. En efecto, cuando se produce la independencia es lógico que los nuevos Estados latinoamericanos vuelvan la vista a Francia que simbolizaba los ideales de independencia y de libertad al tiempo que seguía siendo un país de cultura romanista al igual que las antiguas potencias colonizadoras España y Portugal. Por esta razón la doctrina y la jurisprudencia francesa han sido la pauta principal para la construcción del Derecho Civil en las nuevas repúblicas. Y cuando los países latinoamericanos ya se habían independizado, en uso de su soberanía decidieron acoger el modelo napoleónico sin dificultad, toda vez que los ideales de la revolución francesa coincidían con los ideales de la independencia. Los principios de libertad, igualdad, libre mercado, seguridad económica, de estabilidad monetaria, que estaban insertos en el Código Napoleónico eran principios que también adoptaban los precursores de la independencia y los políticos de los primeros años del régimen republicano. La fidelidad mostrada hacia la obra napoleónica reforzó el orden social burgués y junto con ésto el principio del individualismo jurídico, ya reconocido por el *Code*, de manera que el individuo era colocado ahora más que nunca en el centro del sistema jurídico diseñado. De esta suerte, la familia autoritaria y patriarcal, la propiedad absoluta, el contrato como eje de las relaciones patrimoniales, fueron pregonados con fuerza. Por ejemplo en Chile, el Director Supremo, Bernardo O'Higgins, hubiera deseado, en 1822, adoptar la legislación francesa en bloque, lo que era impracticable, sin perjuicio de que décadas más tarde, Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno, sin tomarlo como fuente exclusiva ni primordial, se inspirara preferentemente en el Código Francés, denominándolo

el más celebre de los Códigos y en la doctrina elaborada por sus comentaristas⁴⁹. Indudablemente la aceptación del Título Preliminar del Code marca un jalón importante en la recepción de este último en América Latina incluyendo muchos Estados dentro de las primigenias normas que regían el ámbito de aplicación de la ley en el espacio y en el tiempo. El título preliminar fue en tal sentido transplantado a casi todos los países latinoamericanos⁵⁰. Curiosamente este título contiene seis artículos y no obstante esto, ha originado una verdadera revolución en el Derecho. Se aladamente, las primitivas normas de Derecho Internacional Privado que en el Continente tendrían, con posterioridad, una marcada dimensión internacional por obra de las Conferencias Panamericanas y del Código Bustamante.

Por descontado, en América Latina el Code civil de Napoleón apareció como el símbolo de la Revolución, el producto del siglo de las luces⁵¹. La adopción de un Código Civil a la imagen del modelo francés sirvió para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Como se ha indicado, bajo la influencia de Andrés Bello varios códigos de América Latina adoptaron una posición ecléctica como el modelo francés: de una parte, el respeto a las normas del Derecho español en materia de familia⁵² y, de otra, una fuerte influencia individualista en materia patrimonial. Así, el Código Civil chileno, redactado por el propio Andrés Bello, se inspiró en materia patrimonial intensamente en el Código francés. Mas la influencia del Code no se redujo a este importante instrumento legislativo. La doctrina y jurisprudencia de la Corte de Casación francesa tendrían también un impacto importante durante el siglo XX.

Si bien a aquella la preceden el *Landrecht* prusiano, el Code francés y el ABGB austríaco, se adelanta a la codificación italiana (1861), espa-

⁴⁹ M. C. Mirow, Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's use of the Code Napoleon in Drafting the Chilean Civil Code ; *Louisiana Law Rev.*, vol. 61, 2001, pp. 291-329.

⁵⁰ M. Rubio Correa, Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX , en A. Levaggi, ed., *Fuentes ideológicas y normativas de la Codificación latinoamericana*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1992.

⁵¹ A. M. Rabello, Montesquieu et la codification du droit privé (le code Napoléon) , *Rev. int. dr. comp.*, vol. 52, 2000, pp. 147-156.

⁵² J. M. Castañoveza, La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas , *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 159 ss.

ola (1889) y alemana del BGB (1896). Ello conduce a revisar la percepción, demasiado simplista, de que la codificación avanza desde la Europa hasta el resto del mundo.

18. Como ha puesto de relieve desde la perspectiva latinoamericana C. Ramos Nuez, está muy lejos de la realidad la opinión, no aminorada del todo abandonada, que ve por parte de los códigos americanos una copia literal o próxima del Código Civil francés, cosa que no existió como actitud generalizada. Como veremos a partir del Código peruano de 1852, considerado como el primer Código americano autónomo, la idea de introducir el sistema al *Code* brilla por su ausencia. Y, en esta línea de alejamiento del modelo napoleónico, el Código Civil chileno constituye el ejemplo más destacado. Ello es así por cuanto en su contenido predomina incontestablemente la tradición romano-castellana, y dentro de ella de manera principal la proveniente de las Siete Partidas⁵³. Se trata de una actitud que no debe sorprender por cuanto ya la idea de codificación que Bello plantea en su propuesta es la de la consolidación del Derecho, esto es, recoger el Derecho vigente en el contexto iberoamericano, siendo el Derecho español la vertiente más abundante en materia una vez expurgado de muchos de sus defectos con la aportación de los códigos extranjeros. Y es precisamente aquí donde el Código de Napoleón ocupa un lugar importante. Este es un dato digno de consignar dado que el Código Civil chileno tuvo una extraordinaria difusión, matizada desde luego, por parte de diversos países americanos como tendremos ocasión de comprobar, pasando a tener en este continente un lugar similar al alcanzado en Europa por el Código de Napoleón⁵⁴.

⁵³ J. M. Castañez, «Castañez, El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano», *ADC*, 1982, pp. 121-129; J. Samtleben, «Atribución de Andrés Bello no Direito Internacional Privado Latino-Americano», *Revista de Direito e Economia*, 1982, 8, pp. 371-383.

⁵⁴ Vid. el Capítulo 3... de la monografía de C. Ramos Nuez, *El Código napoleónico...*, *cit. supra*.

Alcance del *Code* en los diversos modelos de la codificación americana

19. La codificación se desarrolla en América Latina de forma simultánea al proceso codificador europeo⁵⁵. La identidad latinoamericana en lo que concierne a la codificación del Derecho Civil, es susceptible de ser subdividida en diferentes grupos, conforme al tipo y grado de influencia recibida de la codificación napoleónica. Dentro de las múltiples clasificaciones que se pueden ofrecer, todas ellas válidas, para observar la mayor o menor influencia del Código de Napoleón en los códigos latinoamericanos es factible establecer tres grupos: el de los códigos afrancesados; el de los códigos eclécticos y el de los códigos autóctonos, que dieron lugar a los modernos Códigos de América Latina.

20. Códigos afrancesados. Algunos países latinoamericanos, como por ejemplo Haití, la República Dominicana y Bolivia (en su primer Código Civil) adoptaron el Código Civil francés casi literalmente. Haití, en 1819, inicia el ciclo codificador latinoamericano⁵⁶, le sucede Santo Domingo, que bajo la dominación haitiana, en 1826, adopta los *cinq Codes*, traducidos al español en 1884. A estos dos les sigue el Código Civil de Oaxaca, promulgado entre 1827 y 1828, en rigor el primer Código latinoamericano⁵⁷.

⁵⁵ A. Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 624 pp. Desde el año 1977 el autor viene publicando una serie de monografías en torno al tema de la codificación y dos libros: *El primer proyecto del Código Civil en Chile* publicado en 1978, y *Andrés Bello, codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, en 1982. En el mes de julio del año 2000 apareció este nuevo libro, un fruto más de estos 25 años de estudio sobre la historia de la codificación.

⁵⁶ A. N. Leger, *Code civil d'Haïti: annote d'après la doctrine et la jurisprudence haïtienes et françaises et références aux auteurs. Précédé de la Constitution de 1918 amendée en 1928*, Puerto Príncipe, Imprimerie de La Presse, 1931, 957 pp.; Vid. A.G. Cabanis, *Un exemple de création juridique modeste: Le Code Civil Haïtien de 1825 et le Code Napoléon*, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 48, 1996, pp. 443-456.

⁵⁷ R. Ortiz Urquidí, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1973, xxx+385 pp.

En la década de los años treinta del siglo XIX, el afrancesado general Andrés de Santa Cruz, imitando a su admirado Napoleón Bonaparte, dictaba para su país, Bolivia, los códigos básicos que serían un modelo inmediato para toda la temprana codificación latinoamericana⁵⁸. Desde mediados de 1836, la Confederación Periboliviana, congrega a tres entidades políticas distintas: el Estado Sud-Peruano, el Estado Nor-Peruano y la República de Bolivia. Los códigos bolivianos fueron el antecedente directo de los cuerpos legislativos con que contaron los territorios confederados durante su breve existencia⁵⁹.

A los Códigos de Santa Cruz, le sucede en Costa Rica, el año de 1841, el Código General de Braulio Carrillo, redactado por el propio Presidente de la República. Estos códigos fueron, en líneas generales, fuertemente inspirados por el Código de Napoleón, salvo las comprensibles modificaciones introducidas especialmente en el campo del Derecho Familiar, con base a las reglas del Derecho canónico, aprobadas en el Concilio de Trento. No se piense, en consecuencia, que todos estos códigos fueron una simple reproducción integral del Code, pues tanto el de Oaxaca, como el Código boliviano y el de Costa Rica introdujeron algunas modificaciones basadas en el Derecho castellano-indiano, atendiendo a cuadros de costumbres y valores diversos del que inspiraron el Código francés.

21. Códigos eclécticos. Existe un bloque de Estados, acaso el más significativo desde el punto de vista histórico, reconoció al Código Civil francés como fuente inspiradora principal, pero que se inclinaron por un estilo y técnica ecléctico, aportando una dosis significativa de originalidad al movimiento de codificación latinoamericano. En la mentalidad de las clases dirigentes más ilustradas se entendía que la mera adopción del Código Napoleónico, con una u otra reforma de por medio, estaba lejos de garantizar su adecuación a la realidad social imperante. Se necesita entonces, por un lado, afincarse en el modelo moderno de la codificación; pero, por otro,

⁵⁸ Resulta obligada la referencia al estudio de L. Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código civil peruano*, Lima, Palestra, 2004.

⁵⁹ Vid. C. Ramos Nuez, La cultura jurídica en la época de la Confederación Peribolivia, *Revista de Estudios Históricos Jurídicos*, N.º 22, 2000, pp. 267-297, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552000002200012&script=sci_arttext&tlng=es#l.

conferirle un contenido propio, compatible con las características del medio al que se pretende regular.

En estas circunstancias, adviene el Código Civil peruano de 1852, que se presenta como el primer Código latinoamericano pensado desde esta parte del mundo y, que abre en el proceso codificador latinoamericano una fase hasta entonces inédita: la de elaboración autónoma. El Perú se adelantó de este modo al brillante Código Civil chileno, obra del jurista venezolano Andrés Bello, el mismo que entró en vigor en 1855, y al Código Civil argentino, obra notable y discutida del jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, que rigió desde 1871 y, al no menos brillante Esbozo de Código Civil brasileño elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, que sustancialmente sirvió de base al Código argentino. A diferencia de estos no fue obra de un solo jurista, sino el producto transaccional de las diversas tendencias ideológicas que patrocinaban Ramón Castilla y José Rufino Echenique bajo sus respectivos gobiernos. El Código Civil Peruano de 1852 fue un instrumento que recogió, en verdad, ciertos elementos del Código Napoleónico, pero que no los incorporó mecánicamente; por el contrario, se nutrió de elementos variados, especialmente de la antigua legislación hispana integrada por las Siete Partidas. En efecto, de España quedaban en la nueva república muchas leyes, costumbres y usos, que necesariamente influyeron al momento de dar normas para regir la vida ciudadana de los peruanos independientes; como pusiera de relieve A. Guzmán Brito, en lo que respecta a la ordenación de las materias en cada libro, el Código peruano de 1852 se inspiró claramente en la sistemática que solían seguir los prácticos españoles, como Tapia en su Febrero novísimo (1828) y en su Febrero novísimamente redactado (1845), incluso en la propia terminología. De Francia hay diversas disposiciones del Código de Napoleón y hasta partes completas que fueron inspiradas por aquí. Así, por ejemplo, el Título 3...: De los requisitos esenciales de los contratos (arts. 1.235 ss) de la sección primera del Libro III del Código peruano, tiene por fondo claramente perceptible al Capítulo 2...: Des conditions essentielles pour la validité des conventions (arts. 1.108 ss.), del Título 3... del Libro III del Code; Con todo, tampoco se trata de una mera traducción⁶⁰. En cualquier caso la doctrina peruana apunta notables diferencias:

⁶⁰ A. Guzmán Brito, El tradicionalismo del Código civil peruano de 1852, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º 23, 2001, pp. 547-565.

prodigalidad, ausencia, cl rigos, esclavos, esponsales, concepto del matrimonio, reglamentación de la separación de cuerpos, deuda alimenticia, tutela..., filiación, semovientes, posesión, invención, usucapión de muebles, prescripción liberatoria, donación..., testamentos con facilidad para el notarial y severidades para el privado, mejora, desheredación total (desconocida en Francia), sustitución de herederos, comunidad de bienes del régimen matrimonial, gananciales, parafernales, reservas, lesión, retracto, etc⁶¹.

Las causas de esta recepción limitada obedecen al tradicionalismo de la sociedad peruana de la época y de sus juristas, que si, con todo, gustaban de distinguirse unos de otros según sus tendencias liberales o conservadoras, ello estaba determinado por otro género de preceptos, básicamente por el de la actitud frente a la función y al estatuto de la Iglesia Católica y de la religión en la vida civil ⁶². Pero acaso la diferencia más característica del modelo francés fue fijación de un estatuto de la esclavitud (Libro I, Sección 2», Título 5...: De los ingenuos, siervos y libertos ; Título 6...: De la manumisión), en razón de que en 1852 Perú todavía no había abolido esa institución y no competía al Código hacerlo. Y a esto se une el hecho de haber dedicado una reglamentación a los cl rigos (Libro I, Sección 2», Título 4...: De los cl rigos), permite afirmar que a este cuerpo legal a no resultaba algo ajena la idea de la unidad del sujeto de Derecho. El tradicionalismo también se observa en la regulación de las instituciones antiguas como las capellanías y el patronato (Libro II, Sección 7», Títulos 1... y 2...) y los censos (Libro III, Sección 5», Título 4...).

22. Códigos autóctonos: El Código emblemático latinoamericano es, sin duda, el Código de Andrés Bello en 1855 que había de regir en Chile y que habría de tener una influencia en otros países de Iberoamérica, como Colombia, Ecuador, que lo copiaron al pie de la letra, y varios países centroamericanos. Puede hablarse de esta suerte de que hay códigos más afrancesados que otros. Andrés Bello había recibido en Inglaterra la influencia de Jeremías Bentham, representante del positivismo y del utilitarismo y esta influencia fue crucial en su determinación de la ley como única fuente del Derecho; asimismo conoció tardamente la obra de F.K. von Savigny y de la Escuela Histórica, lo que contribuyó a suavizar su visión ius-

⁶¹ J. Basadre Grohmann, *Historia del Derecho peruano*, 2ª ed., Lima, 1997, p. 358.

⁶² Cf. A. Guzmán Brito, *El tradicionalismo...*, loc. cit., p. 565.

naturalista racionalista y positivista. Su mayor contribución al sistema legal chileno fue la codificación en la que no ignoró al Derecho castellano indiano, desde el cual depuró muchas normas posteriormente incluidas en el Código Civil. Tuvo influencias de la codificación francesa y en particular de Portalis, de quien tradujo y publicó en *El Araucano* textos donde se resalta la necesidad de congruencia entre las nuevas normas y la tradición jurídica del pueblo donde se aplicarían; no obstante ejerció una importante impronta en su formación jurídica la obra del español Francisco Antonio Martínez Marina, quien hace un juicio crítico de la *Novísima Recopilación* aparecida en 1805, es decir, cuando ya el Código Civil francés era Derecho vigente⁶³. El Código Civil de Andrés Bello fue adoptado por las primeras codificaciones civiles en Ecuador (1861), Venezuela (1863), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (1880).

Al lado del ejemplo chileno la historia de la codificación en Brasil arranca de un plan de reforma de la legislación que Augusto Teixeira de Freitas diseñó en 1854, por encargo del gobierno imperial⁶⁴. La primera fase de este plan concluyó en la obra conocida como *Consolidação das leis civis*, la cual comprendió 1333 artículos distribuidos en una clasificación o sistemática, que descansaba en la distinción de derechos personales y reales, y que tenía como finalidad la sistematización de toda la legislación de este país, incluyendo, por lo tanto, la portuguesa anterior a la independencia y la brasileña, estuvieran o no derogadas, salvo algunas excepciones. La consolidación debía hacerse por títulos y artículos con proposiciones claras y sucintas, citándose en notas correspondientes la ley de la cual se extraía la proposición y referirse la costumbre establecida contra o según un texto. Finalizó esta extensa labor en 1857 y, si bien fue sometida al parecer de una Comisión que la aprobó, no se le dio valor

⁶³ J. L. de los Mozos, Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código civil de Andrés Bello, *RGLJ*, 1978, pp. 437-467.

⁶⁴ En 1853, el gobierno imperial del Brasil decidió emprender la codificación del Derecho y encargó la obra al reputado jurista Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), quien en una memoria del año siguiente explicó el plan que pensaba seguir. Este consistió en confeccionar primero una consolidación del Derecho, esto es una jación sistematizada del Derecho en su estado actual, sin modificaciones sustanciales; y en una codificación propiamente tal, después, que implicaba una nueva redacción del material consolidado y una reforma de su contenido.

legislativo, aunque alcanzó gran autoridad práctica hasta la entrada en vigor del Código de 1916, haciendo las veces de un Código. La segunda fase del plan de reforma de la legislación, estuvo presidido por la redacción de un proyecto de Código Civil en el plazo de 3 años, que nuevamente el gobierno imperial encargó a Teixeira de Freitas. Este proyecto, conocido como Esbozo, fue presentado en 1860, pero, fue objeto de una crítica tal que provocó la suspensión de la labor en 1865, dejándose sin efecto además, en 1872, el contrato que el jurista había firmado con el gobierno. De esta suerte fracasó en Brasil el proyecto de este jurista, siendo, sin embargo, como se afirmó con anterioridad, ampliamente aprovechado por Velez Sarsfield en Argentina.

En efecto, tanto el Código Civil chileno como el anteproyecto de Freitas desempeñaron una influencia significativa en el Código Civil argentino redactado por Velez Sarsfield, acaso el modelo codificador con mayores estudios preparatorios del Continente, que tuvo la virtud de incorporar un importante elemento de madurez en la historia de la codificación iberoamericana, que ya contaba con el precedente chileno. En 1876, el Código de Velez fue íntegramente adoptado por el Paraguay, como consecuencia de su derrota en la guerra de la Triple Alianza; además ejerció cierta incidencia el proyecto en el Código Civil uruguayo de 1869, y, por último, el Código tuvo influencia también en los códigos de Nicaragua de 1904 y en el de Panamá de 1916.

IV | La cultura del Code como paradigma en América Latina

Dialéctica entre originalidad y dependencia en el movimiento codificador Latinoamericano

23. No era posible que los códigos fueran absolutamente afrancesados en todas sus líneas. Por ejemplo, Santa Cruz que, como vimos, era un admirador de Napoleón, no quiso implantar en el Perú el matrimonio civil, o el divorcio, por razones de carácter ideológico. Lo mismo ocurrió en México, donde se registró un claro rechazo a la introducción de instituciones como el Registro civil o el matrimonio laico, consideradas contrarias a la trayectoria generalizada de la población⁶⁵. Habría sido inconveniente

⁶⁵ M.» del R. González, *El Derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para un estudio*, México,

desde el punto de vista político establecer instituciones que parecían muy modernas y en tal sentido también los legisladores actuaban como una suerte de aduana cultural: unas instituciones eran admitidas y otras rechazadas. Se trataba de algo que Fernando de Trazegnies ha llamado modernización tradicionalista, es decir, se toman ciertos elementos que son convenientes y otros no. Los elementos que no se introdujeron fueron esencialmente el matrimonio civil y el divorcio, que sólo van a llegar en el siglo XX⁶⁶. Por eso la recepción del Código Napoleónico no fue un proceso mecánico sino más bien un proceso selectivo.

El Code se presenta dentro de la codificación como el paradigma⁶⁷ considerándolo F. Wieacker como una de las recepciones más evidentes en el mundo del Derecho⁶⁸. Su especial naturaleza de propaganda revolucionaria, pero en esencia conservadora, lo llevaría a ser el predilecto en la recepción que operó en la codificación latinoamericana. Así en México Justo Sierra, el codificador del XIX, admite que la fuente nutricia principal es el Code que, en mayor o menor medida, ha sido el sustrato de las futuras generaciones de códigos civiles hasta el actual de 1928⁶⁹. Sin embargo, la influencia francesa no se registró en este país de Código a



UNAM, 1988. Según esta autora no se cuenta con estudios que analicen pormenorizadamente la influencia de los distintos países continentales europeos o del *common law* en nuestra codificación civil. Tampoco contamos con estudios que analicen la influencia de los tratadistas europeos y anglosajones en particular (p. 63). La ex génesis de la influencia francesa en el Derecho privado mexicano registra una extraordinaria complejidad. Vid. J. L. Soberanes Fernández, Las codificaciones del Derecho privado mexicano en el siglo XIX, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, N.º 10, 1986; R. Batiza, *Los orígenes de la Codificación Civil y su influencia en el Derecho mexicano*, México, Porrúa, 1982; J. R. Narvéz Hernández, La crisis de la codificación y la Historia del Derecho, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XV, 2003. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt9.htm#N28>.

⁶⁶ F. de Trazegnies Granda, Presencia del Código Napoleónico en el Perú. Los conflictos entre tradición y modernización, *La codificación: raíces y prospectiva*, op. cit.

⁶⁷ G. Astuti, *La codificazione del diritto civile*, Nápoles, Edizione Scienti che Italia, 1984.

⁶⁸ F. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez), Granada, Comares, 2000, 563 pp.

⁶⁹ R. Batiza, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano*, México, Porrúa, 1982.

Código, sino a través de la recepción del *Code* en distintas Leyes de Reforma, se aladamente en Leyes como la de Sucesiones de 1857, o la del Registro Civil de 1859⁷⁰. Posteriormente, como es obvio, el Código Civil mexicano de 1928 recoger a el espíritu social de la Revolución mexicana que supuso un hito histórico al establecer, por ejemplo, la igualdad jurídica de la mujer con respecto al hombre; el reconocimiento de la doctrina del abuso del Derecho en general y de propiedad en especial; la teoría del riesgo profesional; la responsabilidad objetiva por objetos peligrosos; y disposiciones diversas en materia contractual destinadas a proteger a la parte más débil. Pero con respecto a sus fuentes, más de la mitad de sus artículos corresponden al Código de 1870, que provienen del Código del Imperio, del portugués y la Ley hipotecaria española de 1869.

Al igual que una mancha de aceite se produjeron situaciones parecidas en todo el hemisferio, al margen de la ingente obra de los codificadores latinoamericanos, que contribuyeron con su formación en muchos casos romanista y de Derecho comparado. La consecuencia es que si bien pudieron darse innovaciones y propuestas estas permanecieron siempre dentro de los perfiles trazados por el modelo. La tradición y los Derechos particulares influyeron poco, baste pensar a la omisión del Derecho Indígena (en gran mayoría de origen virreinal), en la organización territorial, en ciertos Derechos de comunidad que desaparecieron después de la codificación.

24. En todo caso, los propios códigos que denominamos autóctonos encierran el ideal social del denominado paradigma francés. No solo el pensamiento de codificar el Derecho Civil se basa en la idea del Código francés sino que no se puede obviar la influencia del Derecho francés en el contenido de la obra de autores como Dalmacio Vélez Sarsfield⁷¹. Mas, es menester referirse al Derecho francés y no al *Code* ya que la influencia

⁷⁰ J. L. Soberanes Fernández, Las codificaciones de Derecho privado mexicano en el siglo XIX, *Revista de Investigaciones Jurídicas* (México), N.º 10, 1983, pp. 373-384.

⁷¹ G. Lefebvre, *La Revolución francesa y el Imperio*, México, F.C.E., 1986, p. 44; Vid. A. A. Taraborrelli, Análisis crítico del Código de Vélez, la reforma de Borda y la actualidad, *Revista de la Unión de Magistrados de Lomas de Zamora*, noviembre de 2002 (http://www.derechoprofundizado.org/doctrina/derecho_civil_y_comercial/analisis_critico_civil).

de los juristas franceses fue mayor que la del Código mismo. Incluso es probable que el codificador argentino haya conocido el Código francés indirectamente a través de la propia doctrina francesa. Por esta razón Velez Sarsfield se aproximó al Código francés con sentido crítico y no dudó en apartarse de la solución francesa cuando la encontró confusa o inadecuada. De esta suerte no sólo la estructura del Código argentino es distinta de la del Código Napoleón, sino que únicamente un número relativo de artículos del Código Civil argentino están tomados directamente del Código francés⁷². Además, si contemplamos la influencia del Derecho francés en el Código argentino, debemos prestar atención también a la influencia que tuvo el Código de Luisiana, que aparece no pocas veces citado en las notas de Velez. En efecto, la mayoría de las veces que aparece en las notas de Velez el Código de Luisiana, lo hace junto con el Código francés, lo cual no deja de ser lógico teniendo en cuenta la similitud que por entonces todavía había entre ambos. Sin embargo, no pocas veces es posible encontrar al Código de Luisiana como fuente de tal o cual artículo, sin que aparezca una correlativa referencia al Código Napoleón. Indudablemente Velez encontró en el Código de Luisiana un texto que desarrollaba las ideas del Derecho romano expresadas en un lenguaje más moderno y es natural que conociera en profundidad este instrumento. Cabe insistir en que no menor que la influencia que el Derecho francés tuvo en la obra del codificador, fue el peso que tuvo la doctrina jurídica francesa en el Derecho Civil argentino hasta bien entrado el siglo XX.

Incidencia de otros modelos

25. Desde principios del siglo XIX, se había venido formando en Alemania una nueva ciencia jurídica, llamada pandectística, la cual, merced al talento de los juristas que la cultivaron, alcanzó prestigio internacional y pudo competir con la poderosa ciencia exegética francesa. De la pandectística derivó directamente el Código alemán promulgado en 1896 que entró en vigor en 1900. Por aquellos años el proceso de codificación civil estaba prácticamente terminado en América, salvo en Brasil (que no tuvo un Código sino hasta 1916), de modo que el BGB careció de influencia en

⁷² G. A. Bossert, Influencia del Código civil francés en el Código argentino y otros Códigos de hispanoamérica, *La Ley* (Buenos Aires), LXIX, N.º 34, 17 febrero 2005, pp. 1-5.

esas naciones. Pero la precedente ciencia pandectística, en cambio, sí pudo influir en las codificaciones y en los proyectos de códigos formulados durante la segunda mitad del siglo en América.

Es significativo que dos importantes codificaciones americanas, la brasileña y la argentina, en la materia de las actuaciones humanas (citas relevantes para el Derecho, escaparan totalmente a la tradición del contrato que había triunfado en el Code y se sometieron a la del acto jurídico que hacia la época había hecho suya la ciencia pandectística alemana. De ambas, la que más perfectamente se adaptó a dicha tradición fue la brasileña de 1916, con su antecedente en el Esbozo de Teixeira de Freitas. Según ello, en una parte general se divide todo el Derecho en personas, cosas y hechos (de los cuales los más importantes son los actos), como versión moderna de la tricotomía gayano-justiniana del *ius in personae res actiones*. Este esquema no fue seguido en la Argentina, cuyo Código carece de una parte general; de manera que el sistema de los hechos (actos), en todo obediente a la mencionada tradición sin embargo, fue insertado en la parte relativa a las obligaciones, en lo que puede verse, empero, un lejano eco de la tradición del contrato y del Code Civil en sus aspectos externos⁷³. Mención especial merece influencia del Código italiano de 1942 en el Derecho Civil argentino y particularmente en los proyectos de reforma del Código Civil, para plantear luego la posibilidad de encontrar puntos de contacto entre este fenómeno y la influencia que tuvo la cultura italiana en Argentina⁷⁴. Pero es en la reforma del Código Civil argentino 1968 donde por primera vez las soluciones del Código italiano toman cuerpo.

26. Este apartado no puede concluirse sin una referencia del Derecho español⁷⁵. En efecto, la presencia de este ordenamiento es particularmente significativa en la exigencia de la entrega de la cosa para la transmi-

⁷³ Cf. A. Guzmán Brito, Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídicos y del contrato, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N.º 19 (Valparaíso, Chile), 1997, pp. 95-106.

⁷⁴ P. Lerner, El Código civil italiano de 1942 y las reformas al Código civil argentino, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, N.º 103, 2002, pp. 167-194.

⁷⁵ Resulta obligada aquí la referencia a J. M.ª Castañviquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas* (discurso leído el día 23 de enero de 1948, en su

si n de un Derecho Real que figura en la inmensa mayor a de las legislaciones iberoamericanas. Si se analizan los diferentes sistemas en presencia dentro del Derecho Comparado iberoamericano se observa una serie de rasgos comunes un de las cuales es, precisamente, la exigencia de la tradici n de la cosa , como modo constitutivo del Derecho Real que se desea transmitir. La exigencia de este requisito remonta al Derecho romano, desde donde pas a la antigua legislaci n espa ola, y se ha mantenido en su C digo Civil, pese a que el proyecto de Garc a Goyena propon a dejarlo de lado, para adoptar el sistema consensualista franc s. Los codificadores iberoamericanos, que en este punto dejaron de lado el modelo franc s, y exigieron la traditio rei, o entrega material de la cosa, como modo integrativo de la transmisi n del dominio, criticando duramente la traditio mero consensu, por considerar indispensable la existencia de un acto material que exteriorice la transmisi n⁷⁶.

S lo muy posteriormente, con la sanci n del C digo Civil en 1889, Espa a logr poner orden en su Derecho Civil Nacional⁷⁷, seriamente condicionado por la diversidad legislativa existente en su territorio en funci n de los denominados Derecho forales ⁷⁸. Espa a no qued al margen de esta influencia benthamista. La voz del Estado analiza expresamente el fracaso que sucedi al Proyecto de C digo Civil de 1851, tras la creaci n de la hasta hoy vigente Comisi n de Codificaci n por Real Decreto de 19 de agosto de 1843. El fracaso del C digo Civil de 1851, alej , a n m s, cualquier comparaci n de la situaci n del ordenamiento jur dico



recepci n p blica por el Excmo. Sr. don Jos Mar a Cast n V zquez y contestaci n del Excmo. Sr. don Antonio Hern ndez Gil), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislaci n, 1984, 184 pp.

⁷⁶ L. Moisset de Espan s, La tradici n traslativa de dominio (El c digo civil espa ol y el sistema iberoamericano) , *RDP*, 2004, pp. 771-786.

⁷⁷ Vid. J. Harris, Los escritos de codificaci n de Jeremy Bentham y su recepci n en el primer liberalismo espa ol , *T los. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 8, 1999, pp. 9-29.

⁷⁸ El movimiento uni cador, proveniente de Francia, evoluciona a mediados del siglo XIX, con la in uencia de autores como Savigny y la Escuela Hist rica, que irrumpen con fuerza en Alemania, defendiendo la creaci n del Derecho no como fuente de la raz n —la idea francesa— sino como esp ritu del pueblo, una idea contraria a la codificaci n, el movimiento uni cador del derecho. As , cuando se empieza a vislumbrar la posibilidad de promulgar un nico C digo Civil en Espa a, el de 1851 (el C digo Civil franc s de 1804 es el ejemplo en el que se

decimonónico español con el francés. El desprecio del parlamentarismo, la inflación de reglamentos, la ausencia de cualquier preocupación doctrinal sobre la consecución real de las normas se mantuvo hasta 1889⁷⁹.

Los países que adoptaron el Código Civil español de 1889 por haber sido los últimos en haberse desprendido del régimen colonial, integran un segundo grupo menos extenso. Este es el caso de Cuba y Puerto Rico, aunque ambos sistemas jurídicos han sido significativamente influenciados, en el caso de Cuba, por la superestructura política de la legalidad socialista (que dio como resultado el nuevo Código Civil de 1987), y, en el caso de Puerto Rico, por la aplicación del Derecho Federal de los EE.UU. Evidentemente la recepción del *Code* en este caso es de segundo grado, por la identidad del Código español con el francés, salvo ciertas particularidades derivadas del fenómeno foral español. Puede agregarse aquí un grupo de países de América Central como Honduras y Panamá, cuya primera codificación del Derecho Civil tuvo lugar a comienzos del pasado siglo y por lo tanto tuvieron la oportunidad de apoyarse, aunque no en forma tan directa como el grupo anterior, en el Código Civil español aunque con posterioridad han recibido una profunda influencia del *common law*.

IV | Dos siglos después

27. En la hora actual, cuando las leyes se suceden unas a otras con ritmo sostenido por la aceleración del progreso científico, cuando la creación de nuevos derechos individuales y colectivos, las alternancias políticas y los textos son a veces poco precisos, resulta importante recordar la cla-

►

mira), dicho proyecto fracasa por la denominada cuestión foral, hasta que en 1889 el Código Civil naciente, el actual —con su Ley de Bases de 1888— parte de la persistencia de esos Derechos forales —por ahora, se dice en la primera redacción del Código Civil, no así en la actual— y de su mantenimiento mediante el sistema de apéndices, un sistema que fracasó en su tiempo y que posteriormente dio paso, durante la segunda mitad del siglo XX, al de las compilaciones. Vid. J. Barón Pazos, *La codificación del Derecho civil en España: 1808-1889*, Santander; Univ. de Cantabria, Serv. de Publicaciones, 1992, 324 pp.

⁷⁹ M.ª J. Miranda, Bentham en España, *Jeremías Bentham, El Panóptico*, Madrid, Las Ediciones de La Piqueta, 1979, pp. 127-145.

ridad de las palabras de Portalis: la ley ordena, permite o prohíbe. Por ello se sostiene que la codificación sigue siendo un instrumento indispensable para mantener, en el mundo moderno, el ideal de una ley clara, inteligible, accesible para todos, que constituye ya un objetivo de valor constitucional. Exige, simplemente, una decidida voluntad política y una clara conciencia de los objetivos a desarrollar⁸⁰. De acuerdo con este planteamiento, la codificación, requerimiento democrático, se ha convertido asimismo en exigencia económica: la codificación tiene la posibilidad, en efecto, de reducir el costo de acceso al Derecho para las administraciones y las empresas privadas, propiciando de esta manera las inversiones. No obstante, un fenómeno de descodificación se encuentra presente en Europa y en América Latina. A falta de un nuevo Código en Francia, la descodificación tiene lugar por la vía de la jurisprudencia, de una manera tan radical que hoy es imposible aplicar el Code sin conocer aquella. Conviene confrontar estas experiencias y extraer las conclusiones pertinentes.

En lo jurídico, los esquemas aportados por la razón: tratados internacionales, constituciones políticas, códigos y leyes no han permitido alcanzar ni la paz social ni la individual a través de modelos técnicos y finales. Se ha producido la *révolte des faits contre le code* referida ya en 1920 por Gustave Morin. Deber esperarse a 1978 para que el jurista italiano Natalino Irti acuñe la expresión descodificación para nombrar el deterioro de los códigos. Según Bravo Lira el sentido de descodificación es abandonar la veneración servil del texto *-sicut scriptum est-* para fijarse en su contenido y servirse de él según lo exijan las variables condiciones de tiempo y de lugar en que discurre la vida jurídica. Esto supone, ante todo, que el jurista y el juez dejen de ser servidores de la ley, para volver a ser ministros del Derecho⁸¹.

28. Pese a su compleja justificación la descodificación⁸² se presenta en la actualidad como un fenómeno irreversible, dotado de alcance general,

⁸⁰ B. Oppetit, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, 91 pp.

⁸¹ B. Bravo Lira y S. Concha Márquez de la Plata, *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, vol. I, Santiago, Universidad Santo Tomás, 1999, 333 pp.

⁸² La expresión descodificación se atribuye a N. Irti, *L'età delle decodificazione*, 4ª ed., Milán, Giuffrè, 1999; existe una versión española, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992. Vid. M. L. Murillo, The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification, *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 11, 2001, pp. 1-20.

dada la renovación e ininterrumpida expansión del Derecho Privado, mediante leyes especiales y complementarias surgidas casi siempre con criterios oportunistas. La sola existencia de este fenómeno refleja elocuentemente la impotencia del legislador para hacer frente de una forma armónica a la ordenación del Derecho Privado, sin perjuicio de que estas importantes piezas, situadas fuera de la originaria estructura codificada, continúan teniendo en los preceptos del Código Civil de muchos países, su última referencia sistemática.

La poca de la descodificación ha conducido a que las leyes especiales se apropien de determinadas materias y clases, vaciando de contenido la disciplina codificada e incluso alcanzando relevancia en algunos casos. Estas leyes logran tal estado de consolidación que evidencian lógicas autónomas y principios orgánicos que llegan a oponerse a la propia sistemática del Derecho Privado y después acaban con una pretensión de plenitud y de autonomía normativa. Hay que reconocer que algunas leyes especiales constituyen hoy el Derecho general de una institución o de una materia completa. Con la proliferación de leyes especiales se produce una inflación legislativa que difunde la sensación de que el tiempo de la codificación ha pasado. La misma forma de los textos codificados ha dejado de responder a conceptos reconocidos y reconocibles; dicho de otro modo, la idea de Código, como totalidad normativa, corpus iuris completo y acabado no tiene más sentido. Como contrapartida, del elevado grado de complejidad alcanzado por la edición de un número tan grande de leyes en todo el mundo, se observa la tendencia a reducirlas a lo indispensable; a partir de la constatación común de la existencia de una inflación reguladora, se propaga un espacio para la desregulación que podrá reconducir, paradójicamente, a una codificación de nuevo cuño.

Asistimos, de esta suerte, a la especialización normativa con la consiguiente fractura del modelo codificador tradicional. Este fenómeno descodificador⁸³ trae consigo la creación y la elaboración de una serie de instrumentos que contemplan figuras jurídicas nuevas, no previstas en los códigos respectivos y ordenadas fuera de los mismos, atentando contra el carácter omnicompreensivo que se les había querido dar. En la actua-

⁸³ Que se tiene muchas manifestaciones, como por ejemplo, en el Derecho civil, respecto del régimen de responsabilidad por daños. Vid. L. Díez-Picazo y Ponce de León, *Codificación, descodificación...*, *loc. cit.*, pp. 473-485.

lidad se concibe a la codificación como un proceso cultural e histórico por el cual ha sido posible la realización de un producto que tiene como características esenciales agrupar un conjunto de normas de Derecho, hacerlo de una manera coherente y sistemática y tener una vocación a la totalización; ofrece pues una nota de exhaustividad al abarcar todas las relaciones jurídicas posibles de una determinada materia⁸⁴. Por esa razón estamos asistiendo a la superación de la forma legislativa codificada por incompatibilidad con los tiempos actuales que ha tenido lugar a lo largo del presente siglo, a lo que se une la creación de una especificidad de normas autónomas fuera del ámbito propio de los Códigos que experimentan un adelgazamiento progresivo. De acuerdo con esta corriente el Código es un sistema necesariamente imperfecto porque su texto no responde a la realidad; un sistema que cierra el paso a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo. La aspiración de que un Código Civil descabida a toda la materia civil comienza, pues, a ser abandonada iniciándose un proceso lento, pero progresivo de descodificación que se produce de forma paralela con el proceso de promulgación de Leyes especiales. Es cierto que el fenómeno de la descodificación tiene un alcance general y se percibe en la mayor parte de las disciplinas jurídicas, pero en el Derecho Civil, la propia heterogeneidad y mutación constante de la materia regulada hace que se dicho fenómeno se agudice particularmente y se presente como algo irreversible produciéndose la renovación a través de Leyes especiales

29. Al igual que en Francia, la codificación ha marcado la tradición jurídica latinoamericana y la experiencia en el subcontinente muestra la resistencia de los viejos Códigos al cambio. Ello no debe ser un freno para la necesaria modernización de las vigentes reglamentaciones civiles con el fin de adaptarlas a la realidad social vigente, que es muy distinta de la que existió en la época de promulgación de unos instrumentos que sobrepasan, muchos de ellos, los cien años de vigencia; elaborados sobre modelos inadecuados a los tiempos modernos, pues las concepciones ambientales, políticas y sociales incorporadas a sus textos no se acomodaban a las estructuras sociales de unos países donde esos fenómenos eran diferen-

⁸⁴ A. J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, 1991, p. 135.

tes, con el consiguiente desajuste de la legislación civil con la realidad⁸⁵. Por esto resulta esperanzador que en la actualidad, los proyectos de renovación de la codificación se hayan multiplicado en América Latina: el Código Civil peruano de 1984; el Código de Comercio boliviano de 1994 y el ante-proyecto de Código Civil boliviano de 1997; el proyecto de Código Civil argentino de 1998⁸⁶; el Código Civil brasileño de 2002; los proyectos chilenos de renovación de la legislación civil y comercial, etc.

Con independencia de la tan necesaria modernización, en América Latina el Código Civil francés sigue siendo visto como el símbolo de la Revolución, como un producto genuino del siglo de las Luces. La adopción de un Código Civil a la imagen del modelo francés fue un importante instrumento para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Al mismo tiempo, es posible dejar constancia que, bajo la influencia de Andrés Bello, los códigos de América Latina también adoptaron una posición ecléctica: por una parte, un respeto a las normas del Derecho español en materia de familia y, por otra, una fuerte inspiración individualista en materia patrimonial. Por lo demás, en Francia y en América Latina el Código Civil se sigue presentando como una verdadera constitución civil, lo que lleva a preguntarse si en estos países el Estado precedió, en alguna medida, el nacimiento de la Nación. En un momento en el cual la armonización, incluso la unificación del Derecho Privado, se encuentra en el centro de los debates jurídicos y políticos, en particular en la Unión Europea⁸⁷, el espíritu del Código Civil sigue siendo una referencia obligada: es necesario propiciar la aparición de un sistema jurídico equilibrado que responda no solamente a las exigencias económicas sino también a consideraciones demo-

⁸⁵ R. Zeledón Zeledón, Bases sociales para la modernización del Código Civil con miras al siglo XXI, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, vol. 52, N.º 2, abril-junio de 1991, pp. 81-108.

⁸⁶ A. A. Alterini, El proyecto de Código Civil de 1998: perspectiva y prospectiva, *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, N.º 1, 3ª época, Buenos Aires, noviembre de 1999, p. 21.

⁸⁷ J. C. Fernández Rozas, La unificación del Derecho mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea, *Revista Jurídica Española La Ley*, N.º 5860, 30 de septiembre de 2003, pp. 1-10.

críticas. Los ideales de humanismo⁸⁸, de justicia social, de equidad, de inteligibilidad y de facilidad de acceso al Derecho, la voluntad reformadora y unificadora que presidieron la elaboración del Código Civil no han perdido, en efecto, su actualidad. Si el pasado a o se celebró el bicentenario del Code civil prácticamente en todas partes del planeta, es acaso porque el espíritu de Bonaparte se mantiene presente y sigue influyendo nuestras legislaciones, inspirando asimismo a nuestros legisladores. Después de dos siglos de vigencia el gran mérito que tiene el Código Civil de 1804 en la actualidad es que sus conceptos jurídicos y su flexibilidad en su interpretación han permitido su adaptabilidad a la transformación de la sociedad francesa⁸⁹, pasando de una organización patriarcal a la afirmación de la igualdad entre hombres y mujeres. Ya no estamos en la situación de la época en que fue celebrado el primer Centenario en 1904, cuando en Francia una feminista quemó ese libro rojo al pie de la Colonia de Vendôme.

Es cierto que en el presente la aplicación del Derecho requiere mayor creatividad de jurista y que los Códigos deben limitarse a servir de guía siendo un instrumento, importante sí, pero no un fin en sí mismo. También es cierto que la globalización apunta a una fuerte penetración del common law sobre todo en el ámbito de las transacciones mercantiles. Pero no puede desconocerse el legado histórico que nos dejó el Código de Napoleón. Con independencia de las semejanzas o diferencias respecto de aspectos técnicos o axiológicos de los Códigos de América Latina, lo cierto es que el Derecho Civil francés y el Código de Napoleón han sido piezas angulares del sistema continental de Derecho Privado que hoy incluye a la mayoría de los países que recibieron la influencia del ordenamiento francés. Y ello por haber contribuido decisivamente a la causa de la codificación frente otros sistemas abiertos, que no llegaron a contar con aceptación alguna en los tiempos actuales. Asimismo, por su decisiva impronta en la configuración de las legislaciones nacionales del hemisferio con un componente indubitado de progreso científico puesto de manifiesto tanto en las coincidencias, como en las discrepancias o asimetrías.

⁸⁸ B. Tabbah, L'humanisme du droit civil français, secret de son rayonnement, *Revue internationale de droit comparé*, 1954, pp. 702—730.

⁸⁹ J. D. Bredin, *Code civil des Français, Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

Derecho Internacional Privado

Considerações críticas sobre alguns temas de Direito Internacional Privado

José Roberto Franco Da Fonseca

I | Introdução

A mim me pareceu apropriado, para homenagear o distinguido internacionalista Doutor Carlos Febres Pobeda, formular algumas considerações críticas sobre o Direito Internacional Privado, campo de estudos jurídicos em que o homenageado deu brilhante e profícua contribuição por meio de classes, trabalhos escritos e conferências.

Para isso, procurei selecionar alguns temas clássicos, a fim de analisá-los sob a ótica da Teoria Geral do Direito e dos pressupostos jusfilosóficos das normas jurídicas. Dentro da temática geral do Direito Internacional Privado, existem temas específicos que estão a exigir esse esforço metodológico em busca de sua integral compreensão crítica. Tais temas são o reenvio, a questão prejudicial ou prévia e, finalmente, o grave problema do valor do justo no momento da formulação legislativa na norma de Direito Internacional Privado.

As considerações que serão feitas em torno desses três temas fundamentais irão partir da aplicação dos princípios da Teoria Geral de Direito e da aplicação dos pressupostos jusfilosóficos que explicam a estrutura das regras jurídicas, como acima já ficou dito.

II | **Pressupostos jusfilosóficos do Direito Internacional Privado**

I. **Direito internacional privado e dogmática jurídica**

Para a investigação sobre a diferença específica das regras de Direito Internacional Privado, importa mais que tudo examinar os princípios dessa disciplina sob a tica da Teoria Geral do Direito, que se ocupa da norma ou forma garantidora dos comportamentos que pre gura abstratamente e legítima. O objeto dessa, primeira e dogmática indaga o a positividade das regras desse ramo do Direito, que envolve a correla o vig ncia-e c cia, como uma das formas de realiza o social de valores.

Tal concre o de valores, correlatamente indispensável no estudo da positividade, implica tamb m, por outro lado, no reconhecimento de um anterior momento valorativo, onde ocorre, sempre, a necessidade op o ou elei o entre vrias vias hipot ticas de comportamento, todas com anseio de positiva o.

Se essa op o ocorre, no momento valorativo, em toda regra jur dica (n o s na de Direito Internacional Privado), duas notas distintivas, sem embargo, diferenciam-na especi camente, no ramo cient co-jur dico que estamos a estudar: que, em primeiro lugar, no momento da valora o, irrelevante e indiferente, para o legislador de Direito Internacional Privado, o conte do normativo das disposi es concorrentes para a qualifica o jur dica da rela o de fato subjacente; assim, diante de um casamento celebrado no pa s entre um grego e uma francesa, o crit rio valorativo de aferi o ou indaga o do justo, para aquele legislador, n o ter por ponto de partida a pergunta sobre se o casamento melhor disciplinado no direito grego, se no franc s ou se no do pa s em que se celebrou, mas, pelo contr rio, ter por ponto de partida a pergunta sobre se tal mat ria (casamento de estrangeiros celebrado na Venezuela) seria mais justamente disciplinado pelo direito substancial nacional de um dos c njuges, ou se pelo direito de ambos, ou se pelo direito substancial do foro, ou se pela lei substancial do primeiro domic lio conjugal (n o importando o conte do valorativo do que disponha, em cada caso, cada uma dessas leis substanciais interessadas). Em segundo lugar, o que acontece no momento valorativo do Direito Internacional Privado que, como cou

visto, as várias opções que se colocam ante o legislador são normas de direito positivo e não condutas.

Essa a dupla diferença específica das normas de Direito Internacional Privado, que as distingue das demais normas jurídicas (as substanciais) e necessária a exata compreensão dessa técnica legislativa especial das regras colisionais (não substanciais), sob a tica da Dogmática Jurídica.

De fato, reete-se essa específica opção valorativa na própria estrutura lógico-normativa especial da regra de Direito Internacional Privado, que se utiliza de técnica legislativa *sui generis*, semelhante das normas em branco com conteúdo ideológico variável, para a qual cabe a direta (sem embargo, mediata) da relação ou situação. Nesse sentido, disse j pitorescamente Arminjon na Sociedade de Legislação Comparada, o Direito Internacional Privado tradicional não resolve diretamente (imediatamente) as questões: indica a legislação que dar a solução, como no balcão de informações de uma estrada de ferro tem-se a indicação do trem que se deve tomar. Isso deve-se ao fato de que o legislador de Direito Internacional Privado usa, em regra, três conceitos sintéticos, de conteúdo variável: a) na hipótese: a relação ou situação (que referida, por exemplo, como estado e capacidade, obrigações, sucessões, impedimentos matrimoniais etc.) e os elementos de conexão implícitos (nacionalidade, domicílio, lugar de celebração do ato etc.); b) na estatuição ou disposição: a explícita ou sintética de um dos elementos de fato, ao qual dá forma de conexão, e a indicação, também sintética, da norma substancial chamada por meio desse elemento fático (exs.: lei domiciliar, lei da nacionalidade, lei do lugar da celebração do ato etc.).

Para a obtenção do mesmo fim visado pelo legislador de Direito Internacional Privado, por meio dessa técnica especialíssima — qual cabe a direta e sem embargo mediata da relação ou situação — poderia ele seguir via diferente, construindo imediatamente todo um sistema positivo de normas de direito substancial, de acordo com a técnica comum e corrente na regulamentação dos conflitos de interesses e situações reais da vida: essa teria sido, segundo alguns, a solução adotada no direito romano, com a criação do *ius gentium* e a codificação de Salvio Juliano, em 130 d.C., referente ao edicto perpétuo, principalmente o peregrino e o provincial, feita por ordem do imperador Adriano.

Como se vê, pois, a natureza dogmático-jurídica da regra de Direito Internacional Privado especialíssima. Nela fundem-se um espec-

to colisional, — como re exo, por um lado, do concurso formal de normas substanciais instaurado no momento valorativo pr vio e, por outro lado, como decorr ncia do eventual concurso, no momento imperativo, de normas substanciais, chamado con ito de quali ca es —, e um aspecto substancial, visto que o objeto direto da regra a rela o, n o sendo as normas em concurso sen o objeto indireto.

2. Direito internacional privado e política jurídica

O momento, pois, especi camente colisional da regra de Direito Internacional Privado o da sua formula o pol tico-jur dica, segundo um crit rio valorativo, face a uma rela o de fato (com a caracter stica especial de internacionalidade) e tendo em vista a necessidade de sua quali ca o jur dica.

As regras de Direito Internacional Privado, no seu momento valorativo, formulam-se ante um concurso intersistem tico de normas substanciais. Tal o momento colisional espec co do Direito Internacional Privado, objeto da Pol tica do Direito, cujos pressupostos se fundam na Deontologia Jur dica. Detenhamo-nos, agora, nesse momento colisional espec co.

A din mica de toda regra jur dica, a rigor, resulta da bipolaridade estimativa dos valores que a informam nesse pr vio momento pol tico-jur dico. O fato a ser quali cado, assim, assume dimens o valorativa, um car ter que resulta de sua referibilidade ao valor do justo, e as op es (normativas) que se p em em concurso para o esp rito do legislador t m como pontos dessa referibilidade: a) o fato; b) a id ia do justo (ou, na sua concre o hist rico-cultural, do til ou do conveniente). Assim, por exemplo: a) a forma de um neg cio jur dico; b) com refer ncia ao valor do justo (e suas concre es sociais), — regula-a normativamente o legislador positivando uma das normas de conduta concorrentes que se lhe apresentem op o (escritura p blica obrigatoria, ou facultativa; ou escrito particular; ou declara o perante rg o do foro extrajudicial etc.). Pois bem, para o legislador de Direito Internacional Privado, nesse momento valorativo, a referibilidade do fato ao valor do justo (circunscrevendo-se o fato, para usar de exemplo tanto quanto poss vel semelhante, forma do neg cio jur dico, quando uma das partes n o nacional, ou n o no foro domiciliada, ou n o foi o ato celebrado em territ rio nacional ou nele n o produzir seus efeitos etc.) coloca v rias op es que, sem embargo, pos-

to que também normativas são diversas das do primeiro exemplo, porque não entendem com o conteúdo das normas com anseio de positivação (se a escritura deva ser pública ou particular etc.), mas, pelo contrário, com a norma concorrente, aplicável segundo a escolha de um dos elementos de conexão (a lei do domicílio dos contratantes ou a da sua nacionalidade, ou a da substância do ato, ou do lugar da celebração etc.).

Para bem ilustrar essa deslocamento vetorial da referibilidade necessária de fato e valor, quando no momento político-jurídico de formulação da regra substancial, de um lado, e, de outro lado, da regra de Direito Internacional Privado, diríamos que o primeiro legislador formula o seguinte juízo: —a forma de um contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a dez mil dólares mais justo (ou til, ou conveniente) que seja a da escritura pública (e não a da escritura particular, ou a epistolar etc.) . Quanto ao legislador de Direito Internacional Privado, outra seria a formulação de seu juízo: —a forma de um contrato de compra e venda de um imóvel de valor superior a dez mil dólares, tendo em vista que os contraentes são nacionais da França e domiciliados na Venezuela e que o contrato foi lavrado na Espanha, — mais justo (ou, concretamente, mais til ou mais conveniente) que seja aquela prescrita no direito substancial do lugar onde foi celebrado o ato (e não aquela prescrita no direito substancial da nacionalidade ou do domicílio dos contraentes, nem aquela prescrita no direito substancial que reger o conteúdo do ato etc.) .

3. Direito internacional privado e sociologia histórico-jurídica

Do que ficou dito quanto aos fundamentos dogmático-jurídicos e quanto aos pressupostos político-jurídicos do Direito Internacional Privado, depreende-se pertencer esse ramo da Ciência Jurídica categoria do *ius supra iura* ou Sobredireito, visto que seu objeto alcançado, preponderantemente, com o recurso técnica de aplicação de normas jurídicas substanciais concorrentes.

Convém, agora, que se analisem os pressupostos do Direito Internacional Privado à luz da Sociologia Histórico-Jurídica.

Como foi visto, a regra de Direito Internacional Privado contém, na sua estrutura, eventual remissão ao direito substancial privado estrangeiro. Isso implica na indagação dos fundamentos da extraterritorialidade da lei, assim reconhecida pelo legislador interno. Tal problema esteve sempre presente e cogitado dos estudiosos, desde as origens do Direito

Internacional Privado, na fase ainda anterior sua positiva o legislativa. J entre os estatut rios, na escola holandesa (s c. XVII), estabeleceu-se como fundamento da excepcional extraterritorialidade das leis a *comitas gentium*. Na segunda escola francesa, fase de transi o que, no s culo XVIII, se seguiu quella fase cr tica e preparou o advento do Direito Internacional Privado jurisprudencial e doutrin rio (ou cient co), Froland desloca tal fundamento da id ia de mera cortesia internacional, para faz -lo repousar na id ia de justi a. Entre os grandes sistemas doutrin rios do s c. XIX, a escola anglo-norteamericana divide-se, quanto fundamenta o da e c - cia do Direito Internacional Privado, entre a id ia dos *vested rights* ou direitos adquiridos (Dicey e Beale) e a da *comitas gentium* (Story). O monumental Savigny funda a extraterritorialidade na natureza da rela o concreta, em conex o com os princ pios derivados de uma *Völkerrechtliche Gemeinschaft*, estabelecida no mundo ocidental pela tradi o comum do direito romano e do cristianismo. Mancini, por seu turno, funda-na na preponder ncia (sociol gico-pol tica) do v nculo da nacionalidade.

Contemporaneamente, costuma-se falar num princ pio geral de Direito Internacional P blico, como fundamento da extraterritorialidade do Direito Privado.

Disso infere-se que o valor fundamental das regras de Direito Internacional Privado (*sub specie* deontol gico-pol tica) a id ia do justo, inspirada no valor da pessoa. N o ser demais, sem embargo, frisar que, se a id ia de justi a o valor sempre presente fundamenta o deontol gica de qualquer regra jur dica, tal id ia n o prescinde da refer ncia ao fato e circunst ncia ou conjuntura, onde ocorre a concre o dos valores no plano socio-hist rico-cultural, para, nesse novo aspecto (agora *sub specie* axiol gico-cultural) do pol drico Direito, fazer ressaltar a utilidade e a certeza como crit rios de validade de sua e c cia.

Se a regra de Direito Internacional Privado interna e nacional, do ponto de vista hist rico-sociol gico-jur dico, a rela o ou situa o subjacente, sem embargo, apresenta elementos n o-nacionais (nacionalidade ou domic lio de um ou mais sujeitos, situa o da coisa, lugar da celebra o do ato ou da produ o de seus efeitos etc.), que d o rela o (e n o regra) car ter especi camente internacional.

III | **Temática que suscita controvérsia**

Levantaram-se três teorias, pelo menos, em torno do Direito Internacional Privado que suscitaram controvérsia entre os estudiosos. Tentaremos demonstrar como tais teorias tiveram, na sua origem histórica, um fato comum: o desconhecimento (não deliberado) ou o desprezo (deliberado) daqueles pressupostos, acima analisados, da Teoria Geral e da Crítica juslocutória do Direito Internacional Privado. Dessas três teorias, duas delas, a do reenvio e a da questão prejudicial, originaram-se de julgados equivocados de tribunais franceses, e a terceira, a respeito da inexistência do valor do justo na regra de Direito Internacional Privado, originou-se do desprezo pela evolução histórica desse ramo da Ciência Jurídica.

Tentaremos também mostrar como tais teorias, além de partirem dessa origem nada científica, estão evadidas de contradições internas, razão por que se tornam inaceitáveis (muito embora consagradas por várias legislações de Direito Internacional Privado positivo).

I. **A teoria do reenvio**

a) *Origem da teoria*

A teoria do reenvio (ou retorno, ou devolução) nasceu a partir de um célebre caso, julgado no século XIX pelos tribunais franceses, o discutido caso Forgo.

A verdade que se conhecem, nos primórdios da origem jurisprudencial da doutrina de devolução duas decisões anteriores, uma da Inglaterra (decisão de 3 de agosto de 1841, pela Prerogative Court de Canterbury, no caso Collier vs. Rivaz) e outra da Alemanha (decisão de 21 de março de 1861, da Corte Suprema das cidades livres da Confederação Germânica, do Oberappellationsgericht de Lübeck). Mas tais anteriores decisões isoladas não chegaram a suscitar formulações doutrinárias a respeito, porque na primeira o tema apenas mencionado *incidenter tantum* e na segunda o tema tão-somente anunciado, sem a preocupação de fundamentação doutrinária.

Foi realmente com o caso Forgo que se iniciou a controvérsia teórica. Forgo era filho natural de nacionalidade bávara, tendo morrido na França, onde residira desde a idade de cinco anos, deixando apenas bens móveis. Na França tinha seu domicílio de fato, porque em vida jamais providenciou a autorização governamental então exigida pela legislação

positiva francesa sobre domicílio pessoal. A Administração dos Domínios, fundada nos arts. 713 e 768, do Código Civil, tomou posse dos bens, aparentemente vacantes, em virtude do Tribunal Civil de Pau assim haver decidido, em 16 de outubro de 1871. Posteriormente, contudo, deram-se a conhecer os litisconsortes Dichtl, parentes colaterais da mãe natural do morto, os quais pleitearam se lhes reconhecesse a qualidade de herdeiros. Ora, o direito substancial nacional de Forgo, declarando herdeiros os petionários, ligados por parentesco natural ao morto, colidia com o direito substancial francês, que lhes não reconhecia a qualidade de herdeiros. O Tribunal e a Corte de Pau, —esta última em 14 de março de 1874— pronunciaram-se pela aplicação da lei francesa, por ser a lei do domicílio do morto, quando ocorrera a morte.

Mas a Corte Suprema cassou tal decisão, em 5 de maio de 1875, —e este o primeiro de uma série de decisões da Corte Suprema que assumiram relevância na matéria—, sob o fundamento de que o domicílio dos estrangeiros na França não atribui competência à lei francesa para o efeito de reger-lhes a sucessão mobiliária, a não ser que tal domicílio tenha sido regularizado mediante autorização governamental, nos termos do art. 13 do Código Civil. E a Corte de Bordeus decidiu, em consequência, em 24 de maio de 1876, que, em virtude de ser aplicável a lei da Baviera, a sucessão deveria contemplar os petionários (pois o direito substancial bvaro, da nacionalidade do morto, lhes reconhecia a qualidade de herdeiros).

A Administração dos Domínios recorreu, alegando (e aqui o Estado francês colocou pela primeira vez o problema, no curso desse famoso processo) que a regra de Direito Internacional Privado da Baviera (para cuja lei substancial deveria reger a sucessão, segundo proclamado pela própria decisão anterior da Corte Suprema e da Corte de Bordeus) estatua que a vocação hereditária para a sucessão mobiliária se deveria reger pelo direito substancial do país onde o morto tivesse sua residência e bens (no caso, pelo direito substancial francês). Prolatou, então, a Corte Suprema, em 24 de junho de 1878, o segundo aresto da série de decisões acima referida: deu provimento ao recurso e cassou a decisão da Corte de Bordeus, fazendo-o nos seguintes termos: —Segundo o direito bvaro, os móveis, corpóreos ou incorpóreos, são regidos pela lei de sua situação, combinada, em matéria de sucessão, com a lei do domicílio de fato ou residência do morto; daí se segue que a vocação hereditária para os bens

meus que Forgo possuía na França, onde se havia fixado, deve reger-se pela lei francesa.

Esse resultado foi confirmado e mantido por uma terceira decisão da Corte Suprema, de 22 de fevereiro de 1882, em que se consignou a seguinte fundamentação: — Segundo a lei b vara, deve-se aplicar, em matéria de estatuto pessoal, a lei do domicílio ou da residência habitual e, em matéria de estatuto real, a lei da situação dos bens móveis ou imóveis (...) sem que caiba a indagação sobre se, segundo a lei b vara, a matéria das sucessões *ab intestato* dependeria do estatuto pessoal ou do real.

b) *A reação da doutrina*

Da exposição, acima sumariada, do célebre caso Forgo, parece ter ficado evidente o artifício de que se valeu o Estado francês, no seu intuito de incorporar o patrimônio mobiliário do bavaro morto, induzindo em erro a Corte Suprema: a referência feita pela regra de Direito Internacional Privado francês ao direito (ou lei) b vara deveria ser entendida como referência global ao ordenamento jurídico bvaro (a incluindo as próprias regras b varas de Direito Internacional Privado). Ora, tal entendimento representava total subversão dos pressupostos dogmático-jurídicos, político-jurídicos e sociológico-histórico-jurídicos do Direito Internacional Privado e total negação dos princípios básicos de Teoria Geral do Direito que inspiram a estrutura das regras do Direito Internacional Privado.

Por isso, tal solução foi veementemente criticada por Laurent, Labry, Lainé e Bartin, dentre outros, na própria França, e, na Itália, por Buzzati e Anzilotti. Seguiu-se-lhes a maioria dos juristas na Itália (Diena, dentre outros), na Alemanha (Kahn), na Bélgica (Potu).

Tal violenta e volumosa reação doutrinária, sem embargo, não impediu que um pequeno número de escritores, em cada um daqueles países e em outros, se tivesse manifestado favoravelmente ao princípio preconizado pela jurisprudência devolucionista e sua incorporação na doutrina. A respeito da situação da doutrina de língua francesa, Potu fez, em 1913, curiosa estatística para demonstrar que 37 juristas (que com ele próprio faziam 38) eram contrários ao devolução, sendo favoráveis à teoria apenas 15.

Para os que admitem a teoria de devolução, coloca-se um segundo problema, consistente em dever-se admitir ou não a remissão que o Direito Internacional Privado estrangeiro (que se entendeu aplicável a par-

tir da concepção da regra nacional de conflitos como uma remissão global ou *Gesamtverweisung*) possa eventualmente fazer ao direito de um terceiro Estado, que não o nacional do foro. Com efeito, três são as hipóteses possíveis, para os que aceitam tal teoria, quando a regra de conflito do Estado A remete a solução da relação litigiosa à legislação do Estado B (a compreendida, segundo tal concepção, as próprias regras da Direito Internacional Privado do Estado B). Primeira hipótese: a regra de conflito do Estado B devolve a solução da relação litigiosa ao Estado A, que lhe remeterá (devolução, em sentido estrito, ou Rückverweisung, ou retorno). Segunda hipótese: a regra de conflitos do Estado B declara aplicável a relação litigiosa o direito de um terceiro Estado, C. Essa hipótese geralmente denominada reenvio, ou *Weiterverweisung* ou remissão para um terceiro Estado e, nessa segunda hipótese, o reenvio pode ser indefinido, de um modo a conduzir a um verdadeiro *circulus inextricabilis*: assim, por exemplo, se perante um tribunal francês se procura determinar a capacidade de um inglês, domiciliado nos Estados Unidos, que celebrou contrato na Bélgica, — o juiz francês aplicaria a regra inglesa (lei nacional do contratante), esta remeteria a solução ao direito norte-americano (do domicílio), este a reenviaria à lei belga (*lex loci celebrationis*) e esta, por seu turno, mandaria aplicar a lei inglesa (lei nacional do interessado), reiniciando-se, interminavelmente, o círculo. Terceira hipótese: a regra de conflito do Estado B declara aplicável seu próprio direito interno substancial (neste caso, coincide a solução para os adeptos da devolução e para os que não a admitem).

Para evitarem o *circulus inextricabilis*, a que fatalmente ser o conduzidos os partidários da teoria do reenvio, estes então recorrem a um ardiloso expediente, que, todavia, resulta numa contradição metodológica interna, mais grave ainda do que o desprezo original pelos pressupostos e princípios da Teoria Geral do Direito Internacional Privado: afirmam a validade da remissão global (*Gesamtverweisung*) até determinado ponto, para, a partir desse ponto, fazer com que a regra de conflitos faça a uma descida abrupta ao direito substancial de um ordenamento estrangeiro. Que ponto esse? Qual o fundamento científico dessa quebra do próprio pressuposto inicial do processo?

Para determinar esse preciso ponto onde ocorrer a contradição interna da teoria (que deixar de adotar o critério da *Gesamtverweisung* para passar a adotar o critério, até então menosprezado, da *Sachnormver-*

weisung ou referência ao direito material-substancial), os partidários do reenvio costumam cometer outra grave irregularidade, à luz da Teoria Geral do Direito. Eles procuram fundamentar essa contradição metodológica interna com a seguinte fórmula: se a lei (de Direito Internacional Privado) do Estado A remete à lei (de Direito Internacional Privado) do Estado B e se esta remete à lei do Estado C, e esta lei do Estado C (de Direito Internacional Privado) aceita a competência da sua lei substancial, então esta que se aplicar. Ora, tal fundamentação peca por duas razões. Em primeiro lugar, tal critério, sem nenhum fundamento científico e evadido, como claramente se vê, de grave contradição interna, no resolve o círculo vicioso da hipótese atrás considerada como segunda das três possíveis. Em segundo lugar, tal critério parte de um falso pressuposto: o de que a regra de Direito Internacional Privado, interna, de cada Estado, tem por função uma distribuição internacional de competências legislativas em matéria de Direito Privado! Tal falso pressuposto deriva das ideias de Zitelmann. Este sustentava que as normas delimitadoras dos sistemas jurídicos co-existentes, como normas supra-estatais de Sobredireito (no plano internacional), se ligam ao direito das gentes e este, ao criar a norma jurídica, cria a linha da sua competência, de modo que, na distribuição das competências, a comunidade supra-estatal traça a superfície convexa, dentro da qual cada branco preenche pelo Estado. Outros, além das ideias de Zitelman, sustentam diverso raciocínio: a ordem jurídica estatal cria, por suas regras de Sobredireito, forma de elaboração do direito das gentes; assim, delega ou atribui competência, não já reconhecendo uma esfera de vigência própria e originária à lei estrangeira que designa, mas assinalando-lhe um âmbito de aplicação no ordenamento interno da *lex fori*, âmbito que é traçado em virtude de uma competência sobre competência (para usar a expressão preferida do brasileiro Pontes de Miranda). Tais raciocínios só podem ser concebidos pelos que admitem natureza e função internacionais do Direito Internacional Privado.

Ora, no estado atual dessa ciência jurídica, com o particularismo que caracteriza os sistemas de direito, o ideal de que as regras colisionais sejam concebidas de maneira que possam compreender, efetivamente, todas as relações e instituições jurídicas de todos os países, por um lado, e, por outro lado, soluções uniformes para os concursos formais substanciais, —permanece ainda como ideal não alcançado. Tais como são postas, na realidade objetiva, as regras de Direito Internacional Privado são nacio-

nais e internas, ainda que a relação ou situação litigiosa de fato que elas regulamentam presente, — esta sim —, elementos especiais internacionais ou não-nacionais.

2. A teoria da questão prévia

a) *Origem da teoria*

As origens dessa teoria, como ocorreu no caso da doutrina do reenvio, anteriormente estudada, remontam a uma decisão da Cassação francesa, datada de 1931 (caso Ponnoucannamalle), que suscitou enorme reação doutrinária, por ter subvertido (como no caso da doutrina do reenvio) os pressupostos da Teoria Geral do Direito Internacional Privado.

Tratava-se da sucessão de um imóvel situado na Conchinchina (então território francês). Habilitou-se à sucessão um indiano, neto do morto, cujo pai havia sido pelo morto adotado como filho. De acordo com o Direito Internacional Privado do foro (francês), o direito substancial regulador de tal sucessão deveria ser o do lugar da situação do imóvel, o direito sucessório francês. Ora, segundo o direito sucessório francês, ao adotado caberiam os mesmos direitos que teria um filho ou outro descendente legítimo (Código Civil francês, art. 356). A questão prejudicial, ou prévia, ou preliminar, consistia na indagação sobre a validade de tal ato de adoção. Ora, segundo o Direito Internacional Privado francês, tal questão deveria ser resolvida pelo direito substancial indiano (da nacionalidade do adotante e do adotado); segundo o direito substancial indiano, tal adoção era válida plenamente (porque o direito civil indiano não exigia, para considerar válida a adoção, que o adotante não tivesse filhos legítimos). Logo, tal adoção não poderia deixar de ser considerada válida pelo tribunal francês.

Todavia, o tribunal francês ponderou que a questão não era a de saber sobre a validade ou não daquela adoção. Se o fosse, o tribunal francês não poderia deixar de resolver definitivamente tal questão, sob pena de inobservância da própria regra de Direito Internacional Privado francês. Mas tal questão o tribunal colocou-a previamente, como questão prejudicial, para a correta aplicação do referido art. 356 do Código Civil, atinente a questão sucessória (questão principal). Tal questão principal (sucessória) suscitava uma questão prévia ou prejudicial: a da relevância daquela adoção estrangeira para efeitos sucessórios, para o efeito de aplicação do referido art. 356 do Código Civil francês. Ou seja, valeria aque-

la adoção indiana conto verdadeira adoção em face do texto do art. 356 do Código Civil francês?

Ora, continuou seu raciocínio o tribunal francês, no caso verificado, ao tempo da adoção, o adotante já tinha filhos legítimos, o que tornaria inválida a adoção se aplicado o art. 344 do Código Civil francês (lei aplicável sucessão, questão principal). Claro que, se a questão fosse saber se era válida ou não tal adoção, a lei substancial indiana que seria aplicável, e o tribunal não poderia deixar de afirmar a validade da adoção. Mas, continuou seu raciocínio o tribunal, pelo que respeita questão de saber se uma relação adotiva constituída em tais circunstâncias suscetível de gerar os direitos sucessórios que o direito francês, competente para regular a sucessão, atribui relação adotiva, o problema põe-se noutros termos: tudo está em saber se aquela concreta adoção vale como a adoção referida no art. 356 do Código Civil francês. Ora, ponderou o tribunal francês, da própria lógica interna do direito francês podia inferir-se que o legislador só quis atribuir efeitos sucessórios às relações adotivas constituídas num momento em que o adotante não tivesse filhos legítimos (em cuja constituição tivesse satisfeito, pois, o requisito exigido pelo referido art. 344 do Código Civil francês), uma vez que teria sido preocupação do legislador francês defender a posição sucessória dos filhos legítimos contra uma possível concorrência dos adotados. Com esse fundamento, a *Chambre de Requête*s indeferiu a pretensão do descendente do adotado.

b) A reação da doutrina

Diante desse caso clássico, comecei a formular, teoricamente, a justificativa dessa esdrúxula decisão. Mas, para tal formulação teórica, não se levou em consideração o próprio método investigativo contido na decisão. Por exemplo, o português Ferrer Correa, recentemente falecido, assim definiu o problema da questão prejudicial: se entre duas questões jurídicas pende um nexo de prejudicialidade e uma delas, a principal, está sujeita a um direito estrangeiro, surge o problema de saber como conectar a questão prejudicial: se de harmonia com o sistema de conflitos do foro, se de acordo com o sistema de conflitos da *lex causae*. E Lewald assim se pronunciava: a questão de saber se se pode substituir a uma relação de direito interno, considerada pela lei interna como condição prejudicial de um efeito jurídico determinado, uma relação análoga de direito estrangeiro.

Tradicionalmente, sempre se sustentou que, nas rela es jur dicas complexas, de natureza absolutamente internacional, se deveria adotar o crit rio metodol gico que os franceses denominavam de *decomposi o*. Assim, para o caso de um portugu s que compra em Paris im vel situado na Holanda, a capacidade de contratar do portugu s seria solucionada pelo C digo Civil de seu domic lio, a forma extr nseca do ato seria regida pelo C digo Civil franc s, a transfer ncia da propriedade e seus efeitos seriam regidos pelo C digo Civil holand s. Portanto, sempre se adotou a teoria da conex o aut noma. No entanto, depois da decis o atr s analisada, passou-se a sustentar a teoria da conex o subordinada: a quest o prejudicial perde sua autonomia e passa a reger-se pela norma de con ito (n o pela norma substancial, como decidiu o tribunal franc s) que regeria a quest o principal.

Se remontarmos ao que cou dito com rela o Dogm tica Jur dica, pol tica Jur dica e Sociologia Hist rico-cultural Jur dica e aplica o de seus princ pios ao Direito Internacional Privado, veri caremos, desde logo, que a teoria da *conex o subordinada* tem como pressupostos alguns equ vocos graves.

É o curioso que os partid rios dessa teoria costumam contraditoriamente exp -la nos livros, no cap tulo pr prio da mat ria, depois de terem enfatizado, nos cap tulos iniciais, que, em se tratando de rela es jur dicas privadas absolutamente internacionais, a metodologia a ser empregada tecnicamente a da *decepage* ou *decomposi o*.

3. O problema dos valores ínsitos na regra de direito internacional privado

a) *Termos do problema e método para sua soluç o*

Outro tema em que freq ente o equ voco de alguns escritores o atinente ao elemento axiol gico-cultural, que, segundo eles, estaria ausente na regra de Direito Internacional Privado, por eles reduzida categoria de mera regra t cnica.

Ora, j mencionamos o momento hist rico do surgimento do Direito Internacional Privado, desde as escolas estatut rias at o momento posterior de sua formula o doutrinaria e, nalmente, o terceiro momento, da elabora o legislativa no s c. XIX. Ali se tentou demonstrar que a preocupa o que sempre esteve presente, desde o embri o daquelas regras, foi a de buscar a id ia de justi a, sen o a da certeza ou utilidade.

Por outro lado, foi também mencionado que o Direito Internacional Privado, em razão de seu caráter dogmático-jurídico especial, deve ser entendido como integrante da categoria do *ius supra iura* ou Sobredireito.

Não quer isso dizer, de modo algum, que a regra de Direito Internacional Privado, — aplicada ao dogmática do Direito destinada a qualificação de relações ou situações que ensejam, politicamente-juridicamente, um concurso formal intersistemático de normas substanciais privadas —, não constituiria objeto de departamento científico-jurídico autônomo, senão seria mera técnica, equivalente Hermenêutica e Interpretativa, ou mero resultado de indagação crítica-comparativa, como o Direito Comparado.

A Técnica aplica o particular e opcional da ciência: a ciência normativa — momento necessário e universal que põe em dados casos, em razão da natureza axiológica da questão tratada, cuja compreensão implica no reconhecimento de um dever a ser cumprido —, enquanto que a Técnica, ao contrário, resulta da explicação dos fatos, com opção de agir para alcance de um determinado — particular — (Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, v. I, t. I, p. 244).

Quanto à autonomia científica dos departamentos do Sobredireito, em face da Hermenêutica e das técnicas de Interpretação, convém lembrar-se que a Teoria Geral do Direito ou Aplicação do Direito (em que se traduz dogmaticamente o chamado Sobredireito) equivale realização do Direito, servindo-se eventualmente das técnicas da Hermenêutica, da interpretação e da adaptação específicas. Em suma, a Aplicação do Direito, que consiste na subsunção de uma relação ou situação de fato — norma típica adequada, compreende: a) a Crítica; b) a Interpretação; c) o suprimento das lacunas; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas relativamente ao espaço e ao tempo. Não se confunde com a Hermenêutica: esta tem um sujeito (a lei); aquela, dois (o Direito, no sentido objetivo, e o fato).

b) Solução

Vê-se, assim, que a regra de Direito Internacional Privado, como toda norma integrante de um ordenamento jurídico, — síntese integrativa de fato, valor e norma, — não fugindo, portanto, à tridimensionalidade específica da Ciência do Direito. Quanto ao valor do justo, pode ele realizar-se *per se* ou pode ser instrumentalizado pela realização do til, ou da certeza.

IV | Conclusões

Os três temas analisados (reenvio, questão privada e pretensão natureza meramente técnica das normas de Direito Internacional Privado) são exemplos de como pode, às vezes, surgir uma construção teórica com aparência de doutrina, mas que, se submetida a estudo à luz crítica dos pressupostos da Teoria Geral do Direito, se mostra claramente equivocada.

A Teoria Geral do Direito (e também Filosofia do Direito) incumbe, como objeto específico de conhecimento, a crítica dos pressupostos científicos de cada ramo do Direito.

Bibliografia:

- ¥ Arminjon, Pierre. *Précis de droit international privé*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1927-1931.
- ¥ Lewald, Hans. Regles générales des conflits de lois. In: *Récueil des Cours*. 1939. III.
- ¥ Pontes de Miranda. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Jos Olympio, 1935.
- ¥ Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1953.

[**Derecho Internacional Privado**

Aplicación práctica de los principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho

Tatiana B. Maekelt]

Introducción

Conocí a Carlos Febres Pobeda hace muchos años, en aquella bucólica ciudad de los Caballeros que era Mérida en mi juventud. Siempre ha sido un entusiasta profesor de el Derecho Internacional Privado, investigador, enamorado de su ciudad natal. Creo que mi afecto por Mérida parte de aquellos encuentros en los cuales el paisaje de las montañas siempre estuvo presente.

A pesar de la distancia física, nunca perdimos el contacto que se intensificaba con sus estadías en Caracas, especialmente cuando fue Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables durante la presidencia de Luis Herrera, o cuando las amables invitaciones de mis amigos me trasladaban a Mérida, donde siempre hubo tiempo y lugar para cordiales encuentros. Nos unían no sólo el Derecho Internacional Privado, materia a la cual dedicamos toda nuestra vida académica, sino otros tópicos, tales como las preocupaciones políticas, el futuro de Venezuela y de nuestra estudiosa juventud.

Nada más justo que este Libro Homenaje que prepara un grupo de ex alumnos, colegas y amigos al profesor Febres Pobeda, ya que su trayectoria académica, la dedicación a la enseñanza, el empeño de difundir y divulgar el Derecho Internacional Privado y otras materias conexas, constituyen un incomparable credencial de mérito para el homenaje que se hace al maestro de los más elevados dotes morales y profesionales.

He dedicado mi contribución a una materia novedosa como respuesta a las constantes inquietudes de Febres Pobeda y para reiterar que Venezuela no queda atrás en las materias jurídicas, tales como la aplicación del *soft law* en la contratación internacional. El revivir de la *lex mercatoria* en nuevos términos, como lo son los Principios elaborados por UNIDROIT, no tener temor de abandonar con su aplicación la estricta concepción positivista del Derecho, facilitar con ello el comercio internacional, analizar las regulaciones venezolanas que permiten estas soluciones, es el objetivo de este trabajo. Ojalá, aunque en parte, sea cumplido.

I | Antecedentes históricos

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es creado en 1926 como órgano auxiliar de la Liga de Naciones; reaparece en 1940 después de la guerra, como organismo multilateral. Cuenta con representantes de los cinco continentes, característica que enviste a este organismo de pluralidad legal, política, económica y cultural. Su objetivo principal es preparar normas uniformes, modernas y armónicas de Derecho Privado.

Con motivo de la celebración del 40 aniversario de UNIDROIT tuvo lugar un congreso, en el cual, el entonces Secretario General de la organización propuso preparar una suerte de *Restatement* que contuviera principios generales en materia de contratos internacionales. Posteriormente, en 1971, se decide incluir esta propuesta en el Programa de Trabajo del instituto, y una pequeña pero importante comisión, integrada por René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, representantes del Common Law, del Civil Law y de los sistemas socialistas, se encarga de la tarea de realizar las investigaciones preliminares para determinar la viabilidad del proyecto.

Casi una década después, en 1980, se organizaron grupos de trabajo, con el objetivo de adelantar borradores del *Restatement*. Estos grupos estaban conformados por expertos en Derecho Comparado y Comercial internacional de las distintas familias jurídicas. En 1994 cristalizó el fruto de muchos años de trabajo; su éxito ha sido tal que, diez años después de la formulación y publicación de los Principios de UNIDROIT, aparece su segunda edición (2004), revisada, ajustada a la experiencia prctica

ca y complementada con nuevas disposiciones¹. Entre sus novedades se encuentra la posibilidad de aplicar los principios a los denominados contratos sin ley y de utilizarlos para interpretar las leyes domésticas (prembulo); la aparición de un artículo que regula de modo independiente a la buena fe el *venire contra factum proprium* o comportamiento inconsistente (Art. 18); la regulación de la liberación por acuerdo (Art. 5.19); y las disposiciones en relación a la autoridad de los agentes (sección 2.2.).

La elaboración de los Principios de UNIDROIT ha coincidido con el auge de la discusión doctrinaria sobre la existencia y el reconocimiento de la *lex mercatoria*. Los mercatoristas han celebrado la aparición de esta aparentemente novedosa forma de regulación de las relaciones comerciales, especialmente de los contratos internacionales, colocándola en el corazón de la llamada nueva *lex mercatoria*².

Las severas críticas que se han hecho a la ley de los comerciantes, tales como no reunir las condiciones para poder ser considerada como un derecho, no tener fuerza vinculante por no provenir de autoridad estatal alguna y, por ende, carecer de soporte nacional o internacional, no observar una metodología propia de un instrumento jurídico, no tener la autonomía necesaria, ser incoherente, incompleta y vaga, es decir, simplemente flotar en el limbo, han golpeado el desarrollo de esta vieja y nueva forma de regular las relaciones entre los comerciantes. No obstante, la *Lex Mercatoria* no ha desaparecido de las relaciones comerciales, debido a sus positivas características se aladas por Ole Lando y Friedrich Juenger: ...la fuerza vinculante de la *lex mercatoria* no depende del hecho de ser promulgada por una autoridad estatal, sino porque está reconocida por la comunidad de comerciantes y por la autoridad estatal³. Los

¹ Michael Joachim Bonell, *UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/2004-1-bonell.pdf>. También en *Uniform Law Review* 2004, pp. 5-40. El nuevo texto se encuentra en las páginas 124 y ss. de la misma Revista. También en UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome 2004, pp. 337-367.

² Gesa Baron, *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?* Pace essay, Pace ed., June 1998, pp. 1-17, especialmente, pp. 6-17.

³ Ole Lando, *The lex mercatoria and International Commercial Arbitration*, 34 ICLQ (1985), pp.

Principios de UNIDROIT responden a estas características positivas. En efecto, los Principios no se han elaborado como proyecto de una convención o de una ley modelo, sino como un instrumento novedoso, adaptado a los requerimientos del comercio internacional y cuya fuerza obligatoria depende de su poder intrínseco, de su evidente necesidad práctica y de la autoridad de UNIDROIT.

Los Principios de UNIDROIT se han convertido en un instrumento de frecuente aplicación y la jurisprudencia recopilada es testigo de su popularidad⁴. Y no es de extrañar, ya que reúnen las características de un *restatement* en el sistema anglosajón (Restatements of Contracts de los EE. UU.) o, inclusive, del Uniform Commercial Code (UCC). Es decir, no tienen fuerza obligatoria, representan la gran mayoría de los sistemas jurídicos, lo cual hace más fácil su aplicación, son flexibles y adaptables. Existen similitudes en los fines de estos instrumentos que consisten en sistematizar los principios propios de cada ámbito, y todos tienen un gran peso en la jurisprudencia.

Los Principios están inspirados en los textos internacionales uniformes que reflejan los usos y prácticas propios del comercio internacional, así como en las más representativas leyes nacionales y, especialmente, los principios que gobiernan las obligaciones convencionales en el mundo, sobre la base de la imparcialidad, la adecuación a las transacciones inter-



747-752; Friedrich Juenger, *The Lex Mercatoria and the Conflict of Laws*. En T. Carbonneau (editor): *Lex Mercatoria and Arbitration*, 1990, p. 213.

⁴ Los Principios son aplicados tanto por tribunales estatales como por tribunales arbitrales. Como ejemplo de estos últimos, podemos citar algunos laudos de ICC International Court Arbitration: N^o 8.128 de 1995; N^o 8.240 del 07/1995; N^o 7.110 de 06/1995; N^o 7.375 del 05/06/1996; N^o 5.835 del 06/1996; N^o 8.261 del 27/09/1996; N^o 8.540 del 04/09/1996; N^o 8.331 del 12/1996; N^o 8.502 del 11/1996; N^o 8.264 del 04/1997; N^o 8.874 del 12/1996; N^o 8.769 del 12/1996; N^o 7.365/FMS del 05/05/1997; N^o 8.873 del 07/1997; N^o 9.029 del 03/1998; N^o 8 del 12/1997; N^o 8.223 del 04/1998; N^o 9.117 del 03/1998; N^o 9.593 del 12/1998; N^o 9.333 del 10/1998; N^o 9.419 del 09/1998; N^o 9.479 del 02/1999; N^o 8.547 del 01/1999; N^o 9.594 del 03/1999; N^o 9.474 del 02/1999; N^o 7.819 del 09/1999; N^o 9.753 del 05/1999; N^o 10.117 del 03/2000; N^o 10.021 del 2000; N^o 9.875 del 03/2000; N^o 9.797 del 28/07/2000; N^o 9.651 del 08/2000; N^o 10.022 del 10/2000; N^o 10.335 del 10/2000; N^o 10.346 del 12/2000; N^o 10.422 del 2001. Ver textos en www.unidroit.org

nacionales y la buena fe⁵. El carácter flexible de estas reglas permite que se adapten fácilmente a cualquier situación práctica del siempre cambiante comercio internacional. Como dijo acertadamente uno de los verdaderos conocedores de la materia en Venezuela, Gonzalo Parra Aranguren, los Principios abandonan el campo académico para convertirse en el factor decisivo para la solución de las controversias derivadas del comercio internacional.⁶

Tratándose del verdadero *ius commune*, los Principios de UNIDROIT deberían ser el Derecho Aplicable a los contratos mercantiles internacionales, a pesar de las críticas de algunos positivistas que no entienden, aun hoy, la fuerza vinculante de unas normas, basadas en la necesidad práctica, en la conveniencia, en la facilidad de su aplicación, en la uniformidad de las soluciones y en que, sin duda alguna, estos principios constituyen la columna vertebral del desarrollo del nuevo comercio internacional.⁷

II | Naturaleza jurídica ¿Es una nueva forma de Lex Mercatoria?

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de los Principios de UNIDROIT. Unos les otorgan el carácter conflictual que permite determinar el Derecho Aplicable al contrato. Otros los identifican con la *lex mercatoria*, con sus defectos y sus virtudes, y finalmente otros insisten en su carácter sustantivo, afirmando que los Principios deben interpretarse como un sistema jurídico elaborado y completo que podrá ser considerado como Derecho Aplicable al contrato. Opino que esta última

⁵ Jorge Oviedo Alban, *La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*. <http://www.oviedoalban3.htm>

⁶ Gonzalo Parra Aranguren, Aspectos de Derecho Internacional Privado de los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales Elaborados por el UNIDROIT. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N.º 91, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 169-180, especialmente, p. 180.

⁷ Gonzalo Parra Aranguren, La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 86, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, pp. 34-73, especialmente, pp. 60-62.

interpretación, es la más adecuada, y además es la consagrada en el sistema venezolano.⁸

III | **Ámbito de aplicación**

El ámbito de aplicación de los Principios está establecido en su Preámbulo. Se aplican a los contratos internacionales de carácter mercantil.⁹ La internacionalidad del contrato debe interpretarse en forma amplia respondiendo no sólo a criterios jurídicos, sino también a criterios económicos y financieros.¹⁰ En relación con el carácter mercantil, la interpretación es más amplia aún, excluyéndose únicamente los contratos de consumo; solución esta discutida por la doctrina.¹¹

Otro ámbito de aplicación de los Principios de UNIDROIT se hace evidente cuando la controversia está sometida a un arbitraje. Esta sumisión trae consigo cierta libertad de los árbitros de no aplicar una ley nacional, aun la escogida por las partes. Las más recientes tendencias permiten separarse de los ordenamientos jurídicos nacionales para decidir en su caso, *ex aequo et bono*, sin tomar en cuenta los mandatos de ninguna ley nacional. Así lo demuestran, a título de ejemplo, el párrafo primero del artículo 28 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en 1985 por la CNUDMI-UNCITRAL, o el primer párrafo del artículo 42 del Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.¹²

⁸ Jürgen Samtleben, El Enigma del Artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998*, Addendum 2001, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 355-371, especialmente, pp. 361-371

⁹ Fabiola Romero, El Derecho Aplicable al Contrato internacional. En *Liber Amicorum a Tatiana B. de Maekelt*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 296-297.

¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, No. 605, caso Embotelladora Caracas, C. A. y otras vs. Pepsi-Cola Panamericana S. A., del 09 de octubre de 1997. Ver texto en: *Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N.º 109, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 150 y ss.

¹¹ Jorge Oviedo Albán, La Unificación del Derecho Privado... op. cit. Ver también el artículo 1 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, 1985).

¹² Artículo 28 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, UNCITRAL:

IV | Funciones

Los Principios de UNIDROIT cumplen cinco funciones específicas: función normativa, función complementaria, función interpretativa, función sustitutiva, y función de reemplazo.¹³

La función normativa es consecuencia de la elección por las partes de los Principios de UNIDROIT para regir un contrato internacional.¹⁴ En este caso se podrá aplicar con la exclusión de cualquier Derecho Estatal, siempre y cuando no se intente derogar normas imperativas de los ordenamientos jurídicos involucrados. No considero válida la tesis de la necesidad de relacionar un contrato con un Derecho Nacional, bajo la afir-



1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley o el derecho aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estimen aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigables componedores sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 42 del Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte de la diferencia, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

¹³ José Luis Siqueiros, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/14.pdf>

¹⁴ Jaime Martínez Estévez, Anotaciones sobre los Principios de UNIDROIT. En *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 51, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997, pp. 199-261, especialmente, p. 204.

mación de que, de no ser así, estaríamos frente a un contrato sin ley. En el comentario del Preámbulo se recomienda combinar la aplicación directa de los Principios con el arbitraje comercial internacional, ya que los árbitros no están relacionados con un ordenamiento jurídico nacional y no están obligados a aplicarlo. La necesaria flexibilidad del arbitraje y la ausencia del foro judicial son grandes aliados de los Principios.¹⁵

La función sustitutiva se hace evidente cuando las partes no han indicado el Derecho Aplicable—internacional, nacional o *lex mercatoria*—o cuando tal elección ha resultado ineficaz. Ante la ausencia de toda indicación, el contrato puede ser gobernado por los Principios de UNIDROIT que reflejan reglas generales de derecho aplicables a los contratos internacionales.¹⁶

En casos de insuficiencia de normativa aplicable al contrato, los Principios llenan las lagunas, desempeñando un rol complementario. Esta función podría asimilarse a la función sustitutiva, con la diferencia de que el supuesto para la sustitución es la ausencia total de indicación del Derecho Aplicable y el supuesto para que los principios desempeñen un rol complementario es la existencia de una normativa insuficiente. No cabe duda que en este último supuesto deberá acudir a los Principios, ya que su aplicación permitirá lograr la idónea solución del caso en el marco de la hermenéutica jurídica.

La cuarta función característica de los Principios UNIDROIT, la interpretativa, ha sido ampliamente aceptada por la doctrina¹⁷ y la jurisprudencia.¹⁸ Consiste en interpretar los instrumentos internacionales y el Derecho Estatal a la luz de los Principios. Incluso los autores contrarios a la aplicación de los Principios de UNIDROIT admiten que "...may be applied as suggestive or persuasive guiding principles only in situations where the

¹⁵ UNIDROIT, *Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales*. Roma, 2001, p. 3.

UNIDROIT Principles 2004. En *Uniform Law Review...* op. cit.

Michael Joachim Bonell: UNIDROIT Principles 2004... op. cit./2 (a).

¹⁶ Olga Dos Santos, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Vadell hermanos, editores, UCV, Caracas, 2000, pp. 100-117.

¹⁷ Jorge Oviedo Albán, *La Unificación del Derecho Privado...* op. cit.

María del Pilar Perales Viscasillas, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Los Principios de UNIDROIT*. En: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>

¹⁸ Ver, por ejemplo, Laudo CCI No. 5.835 de 06/1996.

domestic Venezuelan law and the terms of the contracts are silent as to the parties' rights and obligations.¹⁹

Efectivamente, no debe haber duda alguna acerca del rol interpretativo de los Principios, sobre todo, en vista del tiempo transcurrido desde la promulgación de normas internas. Según el tratadista italiano, Emilio Betti, la interpretación debe actualizar la norma vigente, ubicarla en el contexto presente, es decir ser evolutiva. ¿Cuál mejor instrumento que los Principios de UNIDROIT para actualizar las disposiciones del Derecho Interno, aplicables al caso?²⁰

La quinta función es la más discutida. Podrá reemplazarse con los Principios UNIDROIT el Derecho Nacional indicado por las partes?²¹ Esto no parece conveniente, ya que podría afectar la autonomía de las partes y, en consecuencia, la previsibilidad y la certeza jurídica.

V | Aplicación de los principios de unidroit en el sistema venezolano

La prelación de fuentes para los casos con elementos foráneos está establecida en la Ley de Derecho Internacional Privado y en la Ley de Arbitraje Comercial (Art. I en ambos instrumentos).²² La Ley de Derecho Internacional Privado es muy amplia al especificar las fuentes aplicables a estos casos. En primer lugar, incluye normas de Derecho Internacio-

¹⁹ Ver el Memorial de la Demanda en el caso *Snamprogetti SpA vs. Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela*, CEC, Fase I, p. 197.

²⁰ Emilio Betti, *Teoria Generale della Interpretazione*, Dott. A Giuffrè editore, Milano, 1955, pp. 833-837.

²¹ En este sentido, ver el agregado del parágrafo 6 del Preámbulo de los Principios, versión 2004. Ver Michael Joachim Bonell: *UNIDROIT Principles 2004...* op. cit.

Ver, también, entre otros los laudos arbitrales de la ICC International Court of Arbitration No. 7.110 de junio 1995, 7.365 de 05/05/1997, 10.021 y 10.335 del año 2.000, y 10.422 del año 2001 www.unidroit.org

Eugenio Hernández-Bretón, *Las Obligaciones Convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998, V.II, *Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, colección Libros Homenaje No. I, Caracas, Venezuela, 2001, pp. 325-341, especialmente, pp. 333-334.

²² Tatiana B. de Maekelt, *Arbitraje Comercial Internacional en el Sistema Venezolano*. En *Semina-*

nal Público, en particular, las establecidas en los tratados. La primacía de la fuente convencional es tradicional en Venezuela y en el Derecho Comparado. En segundo lugar, se aplican las leyes internas y, a falta de ellas, se utiliza la analogía y, finalmente, los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. También tradicional es esta remisión a los principios generalmente aceptados que demuestra la tendencia hacia la aplicación de *soft law* con miras a evitar la denegación de justicia.²³

En materia de contratos internacionales es obvia la primacía de las disposiciones señaladas por las partes que constituyen ley entre ellas.

Los tratados vigentes en Venezuela en el ámbito de la contratación internacional son los siguientes: Código Bustamante (La Habana, 1928 y ratificado por Venezuela en 1932); y Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable al Contrato Internacional (México, 1994, ratificada por Venezuela en 1995). En lo que a las fuentes internas se refiere, deben mencionarse la Constitución (1999), el Código Civil (1942) (ya que la reforma de 1982 se limita a la situación de la mujer casada, de niños y adolescentes y de algunos otros aspectos que no tienen relación alguna con la contratación internacional); Código de Comercio (1955) que tenía un solo artículo referente a la contratación internacional (Art. 116, derogado por la Ley de Derecho Internacional Privado); y Ley de Derecho Internacional Privado (1998). De los instrumentos señalados ameritan comentario solo el Código Civil, la Ley de Derecho Internacional Privado y la Convención de México. Esta última ha sido ratificada por México y Venezuela, por lo cual tiene vigencia únicamente entre estos dos países. Sin embargo, su indudable influencia en la Ley de Derecho Internacional Privado nos conduce a su análisis.²⁴

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales fue aprobada en 1994, en el marco de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, conocida como CIDIPV. Las discusiones previas a esta aprobación se



rio sobre la Ley de Arbitraje Comercial, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos No.13, Caracas, 1999, pp. 278-285.

²³ Tatiana B. de Maekelt, *Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres Años de su Vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, pp. 58-63.

²⁴ José Alfredo Giral Pimentel, *El Contrato Internacional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 223-237.

extendieron durante un largo periodo, ya que abarcaron los preparativos de la CIDIP IV, en la cual fue discutido, pero no aprobado el proyecto, y de la CIDIP V, incluyendo largas discusiones durante la misma Conferencia.

La Convención incluye varios artículos aplicables a la contratación internacional que han sido motivo de discusiones en las sesiones de la CIDIP. En primer lugar, consagra la plena autonomía de las partes, en lo que al Derecho Aplicable al contrato internacional se refiere (art. 7), lo cual ha sido receptado por la Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 29. El artículo 9 de la Convención que corresponde al artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado, introduce la posibilidad de aplicar, a falta de la elección del derecho o si la elección es ineficaz, un derecho no estatal, nacional,²⁵ como es la *lex mercatoria* y los Principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.²⁶ A pesar de las discusiones entre los juristas y no sólo del continente americano, estoy convencida que los artículos 10 y 3 de la Convención reafirman esta posibilidad. Este último artículo tiene un carácter futurista y prevalece la aplicación de la Convención a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.²⁷

Se pueden esgrimir varios argumentos a favor de la aplicación de la Ley de Derecho Internacional Privado, en vez de las disposiciones del Código Civil: la ausencia de normas especiales destinadas a la regulación de los contratos internacionales, reflejo del desarrollo actual en materia de contratos; la aplicación de las disposiciones generales del Código Civil en materia de contratos, muchas de las cuales fueron tomadas del Código Napoleón y del Código italiano de 1865, y pueden resultar totalmente ina-

²⁵ Friedrich K. Jenger; *The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contract Choice of Law*. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/15.pdf>.

²⁶ Gonzalo Parra Aranguren, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V, México, 1994). En *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Vol. II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, pp. 365-437, especialmente, pp. 408-410.

²⁷ Eugenio Hernández-Bretón, Las Obligaciones Convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado. En Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998, V.II, *Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Tribunal Supremo de Justicia, colección Libros Homenaje No. I, Caracas, Venezuela, 2001, pp. 325-341, especialmente, pp. 332-333.

decuadas para reglamentar las particulares relaciones jurídicas, producto del Derecho Comercial Internacional. Sin embargo, el extraordinario desarrollo de esta materia exige cada vez más su regulación específica. Esto se refleja en la general aceptación de la *lex mercatoria* y especialmente en la aparición de los Principios Generales elaborados por UNIDROIT que recogen todos los elementos propios de la regulación de los contratos internacionales.²⁸ Ambas fuentes aparecen tanto en la Ley de Derecho Internacional Privado como en la Convención de México.

Al hacer referencia a la Ley de Derecho Internacional Privado podrá surgir una confusión. La aplicación del artículo primero de la Ley no significa en ningún momento la sumisión del contrato a las normas de conflicto, sino simplemente la sumisión a una regulación propia de los supuestos con elementos extranjeros. Tal afirmación obliga a recordar que la Ley de Derecho Internacional Privado, siguiendo las más modernas tendencias de esta disciplina, consagra una pluralidad metodológica que implica la consideración, no sólo de normas de conflicto, sino también de normas materiales destinadas a resolver directamente casos con elementos de extranjero. Por ello, a falta de tratados sobre la materia, podrán aplicarse las disposiciones correspondientes de esta Ley, sin perjuicio de algunas disposiciones especiales de otras leyes internas.

En la práctica, si las partes en un contrato internacional lo someten los Principios de UNIDROIT, su aplicación no reviste problema alguno.

Si un contrato internacional carece de la determinación del Derecho Aplicable, los Principios de UNIDROIT tendrán también plena cabida, desempeñando la función normativa.

Si el contrato incluye una cláusula con la determinación del Derecho Interno Aplicable, el tribunal podrá aplicar los Principios para complementar este Derecho Interno, para interpretarlo o hasta para sustituirlo, cuando sus disposiciones resultaran evidentemente superadas e inadecuadas. Esta última función es motivo de discusiones doctrinales, debido al temor de afectar la autonomía de las partes y la seguridad jurídica.

Finalmente, deberá formularse la pregunta si una sentencia o un laudo arbitral basados en estos principios podrán ejecutarse en Venezuela.

²⁸ Hernany Veytia, Regulation of international commercial contracts in México. In: A New Approach to International Commercial Contracts International Academy of Comparative Law, *XVth International Congress of Comparative Law*, edited by Michael Joachim Bonell, Kluwer Law International, 1999, pp. 193-3000, especialmente, pp. 196-197.

Esta interrogante deber a tener una respuesta positiva, es decir, la ejecución de estas sentencias o laudos no deber a causar problema alguno. Hoy día es un nimemente aceptado que el juez de reconocimiento no tiene ning n poder para controlar la sentencia o el laudo en cuanto al Derecho Aplicable, lo cual se traduce, en definitiva, en una revisi n del fondo, no permitida por ninguno de los instrumentos internacionales e internos que regulan la materia.

En los arbitrajes, la situaci n resulta m s determinante a n, ya que la Ley de Arbitraje Comercial consagra, en su art culo 48, que el laudo ...ser ejecutado forzosamente... sin requerir exequ tur, seg n las normas que establece el C digo de Procedimiento Civil para la ejecuci n forzosa de las sentencias . Aunque esta afirmaci n es objeto de diversas interpretaciones, a veces negativas, esta disposici n facilita la ejecuci n del laudo.²⁹

VI | Conclusiones

Los Principios de UNIDROIT constituyen una sistematizaci n de los usos y pr cticas del comercio internacional cuyo car cter no vinculante no va en desmedro de su gran utilidad en la regulaci n del tr fico jur dico internacional.

Los Principios de UNIDROIT se aplican por ser elegidos por las partes; en ausencia de tal elecci n, como instrumento de interpretaci n o como complemento al ordenamiento jur dico elegido.

En Venezuela, los principios acompa ar n al Derecho Material venezolano en la regulaci n del contrato internacional con fundamento en los art culos 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, 1160 del C digo Civil y 8 de la Ley de Arbitraje Comercial.

La funci n de los Principios de UNIDROIT en las controversias sometidas al arbitraje adquiere especial relevancia, lo que demuestra las regulaciones de la ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL-CNUDMI (Art. 28) y el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estatutos y Nacionales de otros Estados (Art. 42), as como la amplia jurisprudencia.

²⁹ Carla V. Resende, *La ejecuci n de laudos arbitrales extranjeros*. Estudio comparado, trabajo nal de grado en la Maestr a de Derecho Internacional Privado y Comparado, aprobado con menci n excelente y publicaci n, 2.003, pp. 106-114.

Compiladores:

- **Febres Fajardo Carlos E.**

Sociólogo, Profesor de pre y postgrado de la Facultad de Economía de la Universidad Central de Venezuela. Doctor en ciencias Sociales. Consultor del Banco Interamericano de Desarrollo y de la Organización Internacional del Trabajo.

- **Albornoz Oliver Jorge**

Abogado en ejercicio. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro de Número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) con sede en Madrid.

- **Apolinar Rojas, Pedro O.**

Profesor de la Universidad de Los Andes (Venezuela). Miembro Asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

- **Mujica B. Francisco E.**

Profesor de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

Autores:

- **Fernández Rozas, José Carlos**

Catedrático y Vicedecano de Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Director del Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Redactor Jefe de la Revista de la Corte Española de Arbitraje. Autor de quince monografías y de más de un centenar de artículos científicos. Árbitro internacional en la CCI, CIADI, Corte Española de arbitraje y en arbitrajes ad hoc.

- **Franco Da Fonseca, José Roberto**

Profesor de la Universidad de Sao Paulo (Brasil). Catedrático de la Universidad Moderna de Lisboa (Portugal). Miembro Brasileño del Colegio de Árbitros de MERCOSUR. Procurador de Justicia del Ministerio Público de Estado de Sao Paulo (Brasil). Autor de una considerable obra de Derecho Internacional Privado, publicada en varias lenguas.

- **Hernández-Breton, Eugenio**

Profesor de las universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello y Monte Ávila, Venezuela. Profesor invitado por la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Premio de Investigación Fundación de la Procuraduría General de la República. Presidente del Comité Venezolano de Arbitraje.

- **Maekelt, Tatiana B.**

Profesora de la Universidad Central de Venezuela. Ex-subsecretaria de Asuntos Jurídicos de la OEA. Miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Profesora de Institutos y Universidades extranjeras. Autora de múltiples obras jurídicas.

- **Sánchez Lorenzo, Sixto.** Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada. Profesor visitante en las Universidades de Angers, Paris II, La Habana, San Petersburgo y Complutense de Madrid. Asociado del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Autor de múltiples trabajos sobre Derecho internacional Privado, Derecho comunitario europeo, Derecho del comercio internacional y Derecho comparado.
- **Troconis Villarreal Moisés**
 Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes. Venezuela. Ex magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Magistrado-Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Quito, Ecuador).
- **Uriondo de Martinoli, Amalia**
 Profesora de las universidades de Córdoba y Empresarial Siglo XXI. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Argentina. Asociada del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI)

índice

7 | Epígrafe

9 | Presentación

Derecho Internacional Privado

21 | Introducción al estudio de la solución jurisdiccional de las controversias en la comunidad andina
Moisés Troconis Villarreal

58 | La unificación del Derecho Comercial Internacional
Sixto Sánchez Lorenzo

100 | La cooperación judicial internacional y el orden público en la jurisprudencia argentina
Amalia Uriondo de Martinoli

127 | En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado
Eugenio Hernández-Breton

151 | El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: Reflexiones a propósito del segundo centenario
José Carlos Fernández Rozas

191 | Consideraciones críticas sobre algunos temas de Derecho Internacional Privado
José Roberto Franco Da Fonseca

207 | Aplicación práctica de los principios de UNIDROIT en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado
Tatiana B. Maekelt

221 | Compiladores y autores

