# LECCIONES

**DE**

# DERECHO

# EXTRANJERO

**Y**

# COMPARADO

**RUBEN B. SANTOS BELANDRO**
**Montevideo. Uruguay**
**2011**

**Ruben B. Santos Belandro**

**Profesor Adjunto de Derecho Extranjero y Comparado**
**Profesor Adjunto de Derecho Internacional Privado**
**Facultad de Derecho – Universidad Mayor de la República**

# LECCIONES

# DE

# DERECHO EXTRANJERO

# Y

# COMPARADO

**2011**

# ÍNDICE

**Prólogo**…….29

## PARTE 1
## DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO

### CAPÍTULO 1
### DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO

**Sección 1**
**Derecho Comparado** (29)

**Sección 2**
**Derecho Extranjero** (36)

## PARTE 2
## LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS

### CAPÍTULO 2
### LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (41)

Antecedentes……41

Características del sistema angloamericano……43

¿Cómo se determinó la competencia judicial y la legislación aplicable en la primera hora?.....43

El Primer *Restatement* y la teoría de los derechos adquiridos (o *vested rights*)……44

Dicey……45

Joseph Beale……46

Crítica a la teoría de los derechos adquiridos (o *vested rights*)……...47

David Cavers (la búsqueda de la justicia material en el caso concreto)……..48

- 1933. Artículo publicado en la Harvard Law Review……...48
- 1965. Curso impartido en la Academia de La Haya……..50

Brainerd Currie (el análisis de los intereses gubernamentales)……....50

Leflar (enfoques más que reglas y atención a los factores más influyentes…….....52

Willis Reese (el Segundo *Restatement*)……53

### CAPÍTULO 3
### EL ISLAM

Introducción……..54

Ordenamientos plurilegislativos basados en la fe religiosa……54

La jurisdicción y el privilegio de religión……56

La religión como Derecho……57

La fe religiosa como punto de conexión……..58

La conversión a otra religión y su incidencia sobre el Derecho……...58

Diferencias en el orden público internacional……..60

Mahoma……..61
Fuentes del Derecho islámico……64
El Corán……..64
La Sunna……66
La Idjma……..66
El Kiya……67
El Islam y los derechos fundamentales……....67
El Derecho de familia según el fundamentalismo……...68
El Derecho de familia según opiniones renovadoras……...70

## CAPÍTULO 4
## CHINA

Introducción……73
Confucio……..73
El *li* y el *fa*.....75
El Derecho chino……77
China imperial……77
La caída del Imperio……78
La implementación de una economía colectivizada……79
La implementación de una economía socialista de mercado……...79
China y los derechos fundamentales……....80
Estructura política de la República Popular China……..80
La evolución jurídica……...81
La Constitución……81
Las principales leyes aprobadas……...83
Ley sobre los principios generales del Derecho civil……..83
Ley sobre el derecho de propiedad……..85
Ley sobre contratos……..86
Ley de Derecho internacional privado……86
El Código de Procedimiento Civil……88

## CAPÍTULO 5
## INDIA

Introducción……..89
El Derecho indio……89
La división de la sociedad en castas……..90
Textos sagrados de la religión hindú……91
El Derecho indio: un Derecho plural……93
El Derecho indio actual……95
La Constitución……95

Ley sobre las sucesiones……97

# PARTE 3
# LA FAMILIA Y SUS INTEGRANTES

## CAPÍTULO 6
## LA MUJER

Introducción……..100
Algunas Declaraciones y Convenciones sobre el plano internacional referidos a la mujer…….101
Algunas normas sobre el plano nacional……..102
Derecho Comparado……102
La igualdad de género……...103
Los derechos de la mujer en relación con el acto matrimonial……105
El ejercicio de los derechos políticos……106
La violencia contra la mujer……..107
La mujer en el Derecho musulmán……...108
La familia……108
El matrimonio (*nikah*)…….110
El impedimento dirimente por razones religiosas……...111
La dote……111
La poligamia……112
Pactos restrictivos de la poligamia……...113
La obligación de informar……114
Relaciones personales en el matrimonio……..115
Régimen de bienes en el matrimonio……...116
Obligación de alimentos……...116
Sucesiones……116
El divorcio musulmán……..117
El repudio…….117
La situación de la mujer en China……..121
La ley sobre el matrimonio……..121
La situación de la mujer en India……...123
La ley sobre el matrimonio……..124

## CAPÍTULO 7
## EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

### Sección 1
### El menor y el respeto a su interés superior sobre el plano internacional

Introducción……127
La doctrina sobre el interés superior del menor……..127

i) el derecho o interés abstracto……128
ii) el interés concreto……128
Elementos de esta técnica de evaluación……130
i) elementos de orden extrínseco……..130
ii) elementos de orden intrínseco……..131
Otras técnicas utilizadas en la región……...133
Las legislaciones latinoamericanas y el interés superior del menor……....134
i) calificación de menor……..134
ii) enlace del interés superior del menor con la defensa de los derechos humanos……135
iii) la defensa de la protección integral del niño……135
iv) definición del interés superior del menor……..137
v) mecanismos para constatar el interés superior del menor……..138
vi) jerarquía de las normas sobre minoridad y reglas sobre interpretación e integración……..139
Convenciones Internacionales vigentes……139
Ámbitos donde se ha producido una renovación en la región……..140
1) en las reglas sobre conflicto de competencias……..140
a) respecto de la competencia internacional……141
b) en cuanto a la reclamación internacional de alimentos……...141
c) respecto de la restitución internacional de menores……142
d) respecto del tráfico internacional de menores……143
2) en las reglas sobre conflicto de leyes……143
a) respecto de la adopción internacional……144
b) respecto de la reclamación internacional de alimentos……...145
3) en la cooperación internacional de autoridades……145
4) en el reconocimiento y ejecución de las decisiones……..147
El mecanismo del orden público internacional al servicio del interés superior del menor……147
Reflexiones finales……148

## Sección 2
## La filiación en el derecho internacional privado

Introducción……..149
Convenciones internacionales……...151
Tratado de Montevideo de 1889……151
Filiación matrimonial……151
Juez competente……..151
Filiación extramatrimonial……151
Juez competente……..152
Filiación legitimada por el subsiguiente matrimonio de los padres……..152
Tratado de Montevideo de 1940……152
Código Civil……..153
Jurisdicción competente……...…153

Filiación adoptiva…….153
Introducción……...153
Adopción internacional…….154
La presencia de derechos positivos muy disímiles entre sí…….155
Diferencias en cuanto al fondo……155
En cuanto a las personas……155
En cuanto a las clases de adopción……156
Diferencias en cuanto a la forma……..156
Ámbito de aplicación de la Convención Interamericana sobre adopción internacional de menores……156
a) La adopción de menores……156
b) Las adopciones plenas……...157
Campo eventual: la adopción simple…….157
Leyes aplicables a las condiciones de fondo…….157
1) aplicación acumulativa de las leyes del adoptante y del adoptado……...157
2) aplicación distributiva entre las leyes del adoptante y del adoptado……158
Efectos de la adopción internacional plena……...158
1) ruptura de los vínculos entre adoptado y su familia de origen…….158
2) la irrevocabilidad de la adopción……...158
3) nombre del adoptado…….159
4) ejercicio de la patria potestad……159
5) prestación de alimentos…….159
6) impedimentos para contraer matrimonio……..159
7) derechos sucesorios……...160
Excepciones a la aplicación del Derecho extranjero aceptadas o descartadas por la Convención……...160
1) la excepción de orden público internacional……160
2) la excepción de institución desconocida……..160
La jurisdicción competente…….160
1) las soluciones procesales del Tratado de Montevideo de 1940……161
2) las soluciones procesales de la Convención Interamericana……161
La filiación en el Derecho musulmán: la alternativa es entre filiación paterna o ninguna filiación…….161
La *kafala* y su calificación……..161
La filiación adoptiva en el Derecho chino……165
Ley sobre adopción…….165
El Derecho indio en materia de minoridad……...167
Ley sobre minoridad……...167
Ley hindú sobre adopción y sobre obligaciones alimentarias. ……..167

# CAPÍTULO 8
# EL ADULTO MAYOR

## Sección 1
## El Adulto mayor y el respeto a su dignidad

Introducción…….172
La dignidad del anciano……...172
El anciano en India y China…….175
La planificación familiar……175
La situación del anciano en el mundo musulmán……....176

## Sección 2
## Las directivas sobre la propia incapacidad y el consentimiento informado

I) Tres casos de la vida real……..177
Primer caso: Italia…….177
Segundo caso: España……...177
Tercer caso: Inglaterra……..178
II) Las declaraciones de voluntad anticipada……178
Calificación de las declaraciones de voluntad anticipada…….179
III) Normas sobre la eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada…….180
El Derecho positivo de Uruguay……180
La situación en la Unión Europea……..181
La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado…….181
IV) Ley No. 18.473 de 1 de marzo de 2009……...182
Ámbito material de la ley……...182
Primera posibilidad: derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos...182
Segunda posibilidad: libertad para decidir sobre su incapacidad futura……182
Condiciones para la aplicación de la ley……..183
Personas facultades para otorgar la declaración de voluntad anticipada…….....185
Objeto de la declaración de voluntad anticipada……..185
V) Aspectos formales que rodean la declaración de voluntad anticipada……..186
1) El otorgamiento de un documento privado……..186
La presencia de testigos……..186
2) El otorgamiento de una escritura público o de un acta notarial……....187
3) Incorporación a la historia clínica…….187
Plazo de vigencia de la declaración……188
Designación de un representante…….188
Formalidades para la revocación…….189
Terceras personas que pueden decidir sobre la calidad de vida del enfermo sin cumplir los requisitos formales citados……189
Las opiniones de los incapaces interdictos o niños……..190
La producción del evento previsto en la declaración…….....191

Procedimiento a seguir por el medico tratante……....191
Objeción de conciencia……...192
El mantenimiento de los cuidados paliativos……..192
Responsabilidad médica…….193
El principio de no discriminación que deben respetar las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud……..193
Balance final……...193

# PARTE 4
# EL ESTADO Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES

## CAPÍTULO 9
## LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES A TRAVÉS DEL MÉTODO INDIRECTO

Introducción……..198
I. La categoría……....198
II. La disposición……...201
III. El punto de contacto o de conexión…….202
Puntos de contacto de hecho y puntos de contacto jurídicos……...202
Puntos de contacto de realización fija y de realización variable…….203
Puntos de contacto únicos y puntos de contacto plurales……204
Estado actual del tratamiento de los puntos de contacto en las reglas de conflicto……...205
Relaciones entre *forum* y *ius*.....209

## CAPÍTULO 10
## LA CALIFICACIÓN

La ausencia de una comunidad de conceptos jurídicos…….209
¿Qué es calificar?..... 209
La globalización…….209
La calificación en la escuela estatutaria del mediodía francés……...211
Los tres casos clásicos presentados por Etiènne Bartin…….211
1) La sucesión del maltés…….211
2) El testamento del holandés……..211
3) El matrimonio del griego ortodoxo…….212
Las técnicas propuestas para calificar (213)
I. Propuestas de calificación basadas en los conceptos proporcionados por los Derechos internos……..213
1) La calificación *lege fori*……..213
Argumentos a favor de la calificación *lege fori*……...213
El problema de calificar instituciones desconocidas en el foro……...215
2) La calificación *lege causae*……215

3) La calificación sugerida por el Profesor Alfonsín…….216
II. Un intento de acudir a conceptos autónomos y universales extraídos de las legislaciones estatales: Ernst Rabel…….217
Críticas a la propuesta de Rabel…….217
III. La calificación libre propuesta por las nuevas tendencias……...218
La calificación en la regla de conflicto clásica……..218
La calificación en la regla de conflicto que persigue valores o que se flexibiliza…….218
1) La corriente angloamericana representada por Singer……...220
2) La calificación europea de los dos escalones……220
IV. ¿Es legalmente obligatoria la elección de una técnica calificatoria?.....221

## CAPÍTULO 11
## EL DERECHO EXTRANJERO: SUS INTÉRPRETES Y SUS APLICADORES

### Sección 1
### El traductor jurídico (223)

### Sección 2
### Aplicación del Derecho extranjero

El Derecho extranjero considerado como un hecho……...227
Soluciones de Derecho comparado……..228
El Derecho extranjero considerado como Derecho……228
Soluciones en el Derecho comparado……..229
Imposibilidad de conocer el Derecho extranjero y sus consecuencias……..230
Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región……231
Concepción intermedia……..232
I. El Derecho nacional. Evolución de la aplicación preceptiva del Derecho extranjero en el Derecho nacional…….....232
Panorama en el Código Civil de 1868…….232
La solución antes del 15 de mayo de 1980……..232
La solución del Código General del Proceso de 1989 hasta la actualidad.…….233
II. Regulaciones convencionales…….……...233
Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940…….....233
El Código Bustamante…….233
La Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado……234
Aplicación preceptiva del Derecho extranjero…….234
Interpretación e integración del Derecho extranjero……235
Los recursos…….235
La Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero……235
Medios de información……235
Autoridades habilitadas para solicitar informes……..236
Solicitud de informes……...236

Diligenciamiento de la solicitud……..236
Respuesta a la solicitud……237
Contenido y obligatoriedad de la respuesta…….237
Efectos de la respuesta…….237
Cláusula convencional de compatibilidad ……..238
El Protocolo de cooperación y asistencia jurídica en materia civil, comercial, laboral y administrativa de Las Leñas, de 27 de junio de 1992…….238
III. Las Autoridades Centrales……...240
Reflexiones finales…….240
La obligación de aplicar el Derecho extranjero tiene sus límites……240
Aplicación del Derecho extranjero y tomar en consideración el Derecho extranjero…….240

## CAPÍTULO 12

## EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

I

Excepción de orden público internacional

Conceptualización…….242
Evolución del concepto de orden público…….244
El orden público tiene una competencia excepcional y exorbitante…….244
Contenido del orden público internacional……...245
- Aplicación en función del lugar……...245
- Aplicación en función del momento…….245
Clasificación…….245
- orden público interno……245
- orden público internacional……..245
- orden público auténticamente internacional…….245
- orden público atenuado…….245
Funcionamiento…….246
- orden público anticipado o *a priori*……..246
- orden público postergado o *a posteriori*……..246
Comparación entre la ley extranjera y la ley del foro……..246
Efectos de la aplicación de la excepción……..247
Derecho positivo comparado……248
1) Normas nacionales de derecho internacional privado……248
2) Tratados internacionales…….249
3) Leyes de derecho internacional privado de la región…….251
Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región……251
Últimas palabras……251

II

Excepción de fraude a la ley

Elementos configurativos…….252

Prueba de la configuración de la excepción…….253
Reserva formulada por Uruguay……..253
Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región……..254
III
La excepción de institución desconocida
Las lagunas de las reglas de conflicto del foro……255
Conclusiones……256
Leyes de derecho internacional privado de la región……..256
Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región……..256
IV
La excepción de falta de reciprocidad (257)
V
La excepción del interés del nacional (258)
Prueba de la excepción…….258
VI
La excepción o ausencia de ausencia o de ruptura de relaciones diplomáticas (259)

## CAPÍTULO 13
## LA FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DOCUMENTOS

### Sección 1
### La forma de los actos jurídicos

La distinción entre la forma y el fondo……260
Intereses eventualmente protegidos mediante el cumplimiento de los requisitos formales……....261
¿Las formas de los actos jurídicos conforman una categoría autónoma?.....261
La posición respecto de la forma de los actos jurídicos en la moderna codificación latinoamericana…263
El proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay……....264
Clasificación de las formas……...265
a) las formas solemnes……265
b) las formas probatorias…….266
c) las formas de oponibilidad……..266
d) las formas complementarias……...266
e) las formas constitutivas……..266
Derecho positivo
Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889……..267
Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940……..267
Código Civil……....268
Leyes de derecho internacional privado de la región……....268
Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región……...269

### Sección 2
### La legalización

La legalización directa……...270

La legalización indirecta……270
Prescindencia de la legalización……270

## Sección 3
## La traducción (271)

# CAPÍTULO 14
# DERECHO REGISTRAL

Objeto del Derecho registral……..272
Contenido del Derecho registral……....272
La publicidad registral y su naturaleza jurídica……273
Figuras afines a la publicidad……274
Eficacia de la publicidad……274
Principios registrales……..274
Principio de inscripción……...274
Principio de rogación……....275
Principio de prioridad o de rango……275
Principio de tracto sucesivo……..275
Principio de matriculación……275
Principio de especialidad……..276
Principio de publicidad……276
Principio de legitimación……..276
Principio de legalidad……....277
Principio de fe pública……...277
Principio de buena fe……277
Examen de algunos sistemas registrales
Sistema registral argentino……278
Sistema registral brasileño……278
Sistema registral paraguayo……..279
Sistema registral uruguayo……279
Sistema registral australiano……281
Procedimiento de inmatriculación……..281
Contratos celebrados de acuerdo al sistema Torrens……..282
Autenticidad de la contratación……..282
Efectos de la inscripción……282
Principios registrales del sistema……283
Convenciones internacionales que aluden a temas registrales……283

## CAPÍTULO 15
## LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EXAMINADA A TRAVÉS DEL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS DE COOPERACIÓN JURÍDICA EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA


Introducción……284

Ámbito espacial……..284

Ámbito material……284

Las Autoridades Centrales……285

I. De los instrumentos públicos y otros documentos……285

II. Información acerca del Derecho de un Estado Parte a un tribunal de otro Estado Parte…….285

III. Igualdad de trato procesal……...286

Ámbito material……287

Ámbito subjetivo……..287

Juez competente para decretar el beneficio de litigar sin gastos……..287

Derecho aplicable……..287

IV. La cooperación de mero trámite y probatoria…….287

Los exhortos y cartas rogatorias: vehículo documental de la cooperación……...288

Diligenciamiento del exhorto……289

Impulso procesal……289

Gratuidad……...289

Aplicación de medidas coercitivas por el juez exhortado……..290

Posibilidad de la presencia de la parte o de la autoridad judicial requeriente en el diligenciamiento del exhorto……...290

Obligación de comunicar el cumplimiento del exhorto…….290

Autonomía del acto cooperativo de metro trámite o de prueba…….290

V. Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales……290

Requisitos para obtener la eficacia extraterritorial……291

Ejecución parcial de las sentencias y fallos arbitrales……...292

Procedimiento para el reconocimiento y a ejecución……292


## CAPÍTULO 16
## EJECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS


Naturaleza jurídica de la sentencia extranjera……..293

Concepto de sentencia extranjera…….294

Relevancia de una sentencia extranjera……294

- invocación de la sentencia como medio de prueba……..294
- invocación de la sentencia como un hecho jurídico…….295
- invocación de la eficacia imperativa de la sentencia……295
  - a) la cosa juzgada de la sentencia (que no se discuta nunca más)……295
  - b) la ejecución forzada de la sentencia (que se cumpla lo ordenado)……..295

Sentencias susceptibles de eficacia extraterritorial……..296
1) en cuanto a la naturaleza procesal……..296
2) en cuanto a la materia…….296
Las sentencias contencioso-administrativas…….297
Las sentencias penales……..297
Las sentencias laborales……297
Actuaciones que pueden recibir igual tratamiento que una sentencia extranjera…….298
Reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera……298
Diferencia entre reconocimiento y ejecución……299
Requisitos exigidos para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera…….299
1) requisitos formales……..299
2) requisitos procesales……299
3) requisitos materiales……299
El exequátur……...300
El juicio extranjero……...300
El juicio de exequátur……..301
Autonomía del juicio de exequátur……..301
El juicio ejecutivo o de ejecución forzada…….302

# PARTE 5
# LAS MANIFESTACIONES EXTRAESTATALES DEL DERECHO

## CAPÍTULO 17
## LA *LEX MERCATORIA* COMO FUENTE DE DERECHO

Introducción……..306
I. Panorama europeo……..307
Primera concepción: hacia el reconocimiento de un orden jurídico autónomo producido por la sociedad internacional de los comerciantes…….307
Elementos constitutivos de la nueva *lex mercatoria*.....310
a) Los principios generales de Derecho……...310
b) Lo usos del comercio internacional…….313
c) Cláusulas contractuales y nuevas combinaciones contractuales…….313
d) El arbitraje comercial internacional……314
Segunda concepción: reacciones adversas que le niegan a la *lex mercatoria* la calidad de nuevo orden jurídico……..315
Tercera concepción: la nueva *lex mercatoria* constituye un cuerpo de principios generales y de usos que cumplen un papel o complementario o moderador de la ley que rige el contrato……317
II. Panorama americano……319
La revalorización de las sociedades civiles frente al Estado a través de la pluma del Profesor Quintín Alfonsín……319
No se debe trabajar más con Derechos prestados sino con un Derecho propio…….322

La *lex mercatoria* en las Convenciones Interamericanas de la C.I.D.I.P……..322
La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional……323
La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales……..323

## CAPÍTULO 18
## EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

### Sección 1
### La Convención de Nueva York
### sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjera

Ámbito de aplicación de la Convención……..328
a) Reconocimiento y ejecución……328
b) Laudos arbitrales extranjeros……...328
Primer criterio……329
Segundo criterio……329
Calificación como sentencia……329
Ámbito de aplicación en razón de la materia……...329
Ámbito de aplicación en razón de las personas……...330
Reservas……...330
Primera reserva……..330
Segunda reserva……..330
Coexistencia de la Convención con otras Convenciones posteriores……..330
Reconocimiento internacional de la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje……330
Interpretación progresiva del art. II.2 y realce del art. VII.1 por la CNUDMI……331
Ley que determina la validez del acuerdo arbitral……...333
Efectos del acuerdo de arbitraje……...333
Excepciones a la obligación……..334
Reconocimiento internacional de la ejecutabilidad del laudo arbitral……..335
Primer Principio……335
Segundo Principio……..336
Requisitos a cumplir por quien solicita el exequátur……...336
Causales de denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras…..336
Motivos de rechazo oponibles por el demandado……336
Motivos de rechazo oponibles por el juez……339
Suspensión de la ejecución de la sentencia arbitral……..339

### Sección 2
### La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional

Ámbito de aplicación de la Convención……..342
1) en el espacio y según la materia……342
2) en razón de las personas……...344
3) en el tiempo……...344

Reservas……...345
El acuerdo de arbitraje…….345
Autonomía del acuerdo arbitral……346
El procedimiento arbitral……..347
Los árbitros: su nombramiento…….347
Facultad de los árbitros para decidir sobre su competencia…….347
Reconocimiento de la autonomía de la voluntad para determinar el procedimiento arbitral……349
¿La Convención de Panamá faculta a las partes para elegir el Derecho de fondo?.....349
Método para determinar la regla de conflicto aplicable…….350
Causales de rechazado del laudo arbitral extranjero……..351

# PARTE 6
# ACTOS Y CONTRATOS

## CAPÍTULO 19
## LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

### Sección 1
### La autonomía de la voluntad (356)

### Sección 2
### Los contratos internacionales

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el Código Civil……..358
Las formas que deben revestir los contratos internacionales…….360
La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales…….360
Las formalidades contractuales en la Convención Interamericana……361

## CAPÍTULO 20
## EL PODER DE REPRESENTACIÓN PROVENIENTE DEL EXTRANJERO

Líneas generales. Seguridad y certeza……362
La Conv. Interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero…362
Ámbito de aplicación espacial……364
Ámbito de vigencia de la Convención para Uruguay…….364
Ámbito material de la Convención…….365
Poder y mandato…….365
La internacionalidad del poder……...366
Metodología utilizada en la Convención para regular los poderes……366
La capacidad para otorgar un poder……...367
La legitimación……..367
Casos de sustitución……...367
Casos de personas jurídicas……368

La forma de los poderes

1) El principio *locus regit actum*, un principio no obligatorio…….368

2) El reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, acotado……..368

3) La *lex loci executionis*……..369

Determinación del lugar del ejercicio del poder……370

4) Una regulación directa para los casos de institución desconocida……..370

Formas de publicidad…….....373

La legalización del poder proveniente del extranjero…….....374

La legalización y el Protocolo de Las Leñas…….374

La traducción del poder extranjero……...375

Conflicto de Convenciones……...376

Balance final…….376

Nueva postura de Uruguay ante los poderes provenientes del extranjero (ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008)…….377

Introducción……..377

Panorama anterior a la vigencia de la ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008……..378

La solución aportada por la ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008……..379

## CAPÍTULO 21
## ACTUACIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

### Sección 1
### Las personas jurídicas no mercantiles

**I. Las personas jurídicas privadas**.....383

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889……...383

Eficacia extraterritorial de la existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas……383

Aplicación de la ley local a las actividades de las personas jurídicas privadas……...383

El Código Bustamante de 1928……...384

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940……...384

La Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado……....385

Ámbito de aplicación material de la Convención…….386

Reconocimiento de pleno derecho en cuanto a su personalidad……...387

Aplicación de la ley local a las actividades que allí realicen……387

Cláusulas de compatibilidad…….388

**II. El Estado y las personas jurídicas de Derecho público**

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889…….388

El Código Bustamante de 1928…….389

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940…….389

La Convención Interamericana de 1984……389

**III. Las personas jurídicas internacionales**

La Convención Interamericana de 1984……390
La excepción de orden público internacional……390
Normas nacionales de derecho internacional privado vigentes en la región…….391
Proyectos de leyes de derecho internacional privado de la región……391

## Sección 2
## El régimen de las sociedades mercantiles que actúan en el extranjero

Convenciones internacionales vigentes en la región……392
La adopción de un territorialismo moderado……393
¿Las sociedades mercantiles se fragmentan?.....394
Coexistencia de regímenes jurídicos……394
Régimen aplicable a la existencia, a la capacidad, a la identificación y a la disolución de la sociedad mercantil extranjera…….394
a) La existencia de las sociedades mercantiles……..394
Orden jurídico encargado de calificar la presencia de la personalidad moral de la sociedad mercantil…….395
b) La calificación como sociedad civil o mercantil y el tipo societario…….395
c) La capacidad……...396
d) El funcionamiento……...396
e) Las modificaciones al contrato social……396
f) La disolución……..397
g) El régimen de las nulidades……...397
Reconocimiento de pleno derecho……397
Régimen aplicable al ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social……397
Regulación de la actividad de la sociedad mercantil……397
Requisitos impuestos por la ley uruguaya para el ejercicio de las sociedades extranjeras en el país…..398
La Vista Varela……..398
Exigencias de hoy……..398
Actuación a través de sucursales…….399
Actuación a través de filiales……...399
Sociedades de un tipo desconocido en el Estado receptor……399
Casos de disociación de la sede consignada en el lugar de constitución con la sede efectiva…….400
Normas procesales……401
Conclusiones……401

# PRÓLOGO

Con la expansión de las corrientes globalizadoras las actividades del notario, del abogado y del traductor jurídico se han vuelto interdependientes, las tres deben funcionar en conjunto para solucionar los problemas jurídicos que se presentan cuando el ámbito de actuación común lo constituye el mundo entero. El notario igual seguirá en labor de aplicación pacífica del Derecho; pero en aquellas hipótesis donde la armonía se desvanezca, el abogado tendrá su rol preponderante; en ambas situaciones necesitarán de la actuación del traductor para el mejor conocimiento del Derecho extranjero aplicable.

Por la propia esencia de su actividad, la tarea de los operadores jurídicos mencionados, se encuentra inserta en las grandes corrientes de los intercambios internacionales: económicos, políticos, culturales y sociales. Sin perjuicio de recurrir a los diccionarios y Tratados relacionados específicamente con la actividad técnica de traducir de una lengua a otra, el traductor, al igual que el notario y el abogado, cuentan con dos ramas del Derecho que acuden para facilitar su desempeño: el Derecho comparado y el Derecho internacional privado.

El Derecho comparado contribuye a suministrarles los rasgos esenciales de cada sistema jurídico, la estructura de ese sistema, y la puesta en igual plano, al Derecho extranjero y al Derecho doméstico, con el objetivo de hallar en la regulación de un mismo fenómeno vital, semejanzas, aproximaciones, diferencias y hasta oposiciones. El Derecho comparado ayuda entonces, a analizar si determinados vocablos que trasuntan significados, pueden trasladarse de uno a otro sistema jurídico. Para el traductor jurídico de hoy, el recurso al Derecho comparado se vuelve algo ineludible.

En cuanto al Derecho internacional privado, esta rama del Derecho tiene una compleja tarea: la de determinar el Derecho aplicable a una relación privada internacional concreta, o sea que, individualiza el Derecho extranjero que habrá que aplicar si, luego de una comparación, es posible permitir el ingreso del Derecho extranjero en el ámbito propio del Derecho doméstico, y para saberlo, habrá que recurrir al Derecho comparado.

Obsérvese entonces, cuán entremezclados se encuentran ambas ramas jurídicas, y lo indispensables que son para que el traductor jurídico y demás carreras de Derecho cumplan su tarea con eficacia y por sobre todo, de una forma fiel.

El sentido de esta obra, es la de examinar desde ambas ramas jurídicas, aquellas zonas del Derecho, aquellas prácticas, normas y decisiones judiciales, que tienen contacto con la labor de los operadores del Derecho, de forma y manera que su acercamiento a las mismas se realice de una forma científica y no de una forma intuitiva.

La hemos dividido en seis Partes. La primera examina las características del Derecho comparado.

La segunda, se centra en el examen de algunos sistemas jurídicos de innegable importancia, como lo son el derecho norteamericano, el chino, el musulmán y el indio.

La tercera Parte analiza la situación de la familia y el rol que en la actualidad y dentro de los sistemas jurídicos antedichos tienen algunos de sus integrantes: la mujer, el niño y adolescente, y el adulto mayor.

La cuarta Parte orienta su interés sobre el Estado y sus diversas funciones sobre el plano normativo y estructural, estudia la regla de conflicto, la calificación, la aplicación del Derecho extranjero y las

excepciones a su aplicación, la tarea registral, la cooperación judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las sentencias.

La quinta intenta precisar las características del Derecho espontáneo surgido más allá de los Estados y la justicia privada internacional representada por el arbitraje.

Y la sexta y última Parte comprende el estudio de algunos actos y contratos internacionales.

De esta manera entonces, aproximamos la realidad jurídica internacional, a todos los estudiantes de las tres carreras que en este momento imparte la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República, y a los operadores jurídicos en general, de forma y manera que todos puedan moverse en ella, con la mayor soltura posible. Aspiramos a que se haya cumplido con ese cometido.

# PARTE 1

# DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO

La labor del traductor jurídico está volcada de una u otra manera al examen de lo extranjero, por lo general, del documento extranjero. No siempre resulta fácil la traducción de estos documentos, si nos atenemos exclusivamente a su examen literal. La polisemia reina tanto en el ámbito documental propiamente dicho, como en el campo normativo, una polisemia cuya presencia ha sido querida o no. Ante esta situación el traductor debe inclinarse al examen del contexto, a la evaluación –por lo general intelectual- de la trama que conduce a las partes o al legislador a utilizar determinados vocablos o determinadas expresiones. Pero, para cumplir esa tarea debe enriquecerse previamente de la cultura jurídica de cada pueblo y de las formas que tienen, de traducir la realidad en que viven, en documentos y en normas. Para colaborar en esa tarea está el Derecho comparado y está también el Derecho internacional privado. El primero, sometiendo a compulsa el Derecho propio de la sociedad en que mora el traductor jurídico –salvo que sea traductor de una organización internacional- con el Derecho bajo el cual el documento se ha extendido o la norma ha sido sancionada, o la decisión judicial ha sido dictada, ya tampoco debemos olvidarnos de este último aspecto.

Ambas ramas del Derecho se vuelcan al ámbito internacional, su objetivo apunta a un espacio más extenso que el de los órdenes jurídicos nacionales examinados en forma exclusiva y excluyente. Sin embargo, algunos han resaltado una diferencia que consideran importante: el Derecho comparado no es una rama normativa del Derecho, no produce y aplica normas jurídicas, como lo hace el Derecho Civil, el Comercial o el Penal, en tanto sí lo es el Derecho internacional privado, como materia adecuada para indicarnos cuándo ante una relación privada internacional –la que generalmente examina el traductor jurídico- debemos aplicar el Derecho extranjero, y de que forma debemos hacerlo.

No obstante, estamos convencidos de que *a su manera* el Derecho comparado participa de una forma muy próxima de la tarea normativa. No buscando la raíz común a todos los problemas jurídicos como modo de crear una Convención internacional o una ley modelo que sirva de paradigma a los Estados y contribuya indirectamente a una aproximación en las legislaciones estatales, sino de una forma más cercana en la tarea de la aplicación del Derecho. Es que hoy esa tarea de aplicación ha cambiado sustancialmente: de aquel enfoque que pensaba que el magistrado era la boca de la ley, una simple correa de transmisión del dictado legal, sin participación propia y genuina, se ha pasado a un juez que colabora no sólo en la aplicación del Derecho sino también en la creación de la norma jurídica al caso concreto, en cuanto el legislador ha optado por la creación de reglas semiabiertas, de contextura flexible, recurriendo a nociones proteiformes, únicamente susceptibles de significado a través de los casos concretos. Ante esta nueva realidad jurídica el Derecho comparado se presenta como un útil irremplazable en la tarea de la

calificación de la relación privada internacional, contribuyendo a una calificación que no borre la internacionalidad del supuesto, evitando el protagonismo excesivo de un ordenamiento jurídico sobre el otro, contribuyendo a un enfoque común y participativo del problema. Esta asociación entre el Derecho comparado y derecho internacional privado no se detiene aquí, sino que continúa en la tarea de definir los puntos de conexión utilizados sobre un plano internacional, cuando ellos no lo han sido por el texto legal o convencional; en la búsqueda de la equivalencia de conceptos entre el Derecho extranjero y el Derecho del foro como forma de evitar el recurso a la excepción de orden público internacional; en recurso a la adaptación de los Derechos concurrentes, para lograr una armonía material de las soluciones; y en todas las otras formas de cooperación jurídica que puedan presentarse. Entonces, estando tan cerca de la realidad que palpita en cada hipótesis jurídica y contribuyendo de una manera tan importante a la determinación del Derecho extranjero aplicable ¿cuán ausente está lo normativo en el Derecho comparado? Para un experto en derecho internacional privado, empapado de los nuevos enfoques doctrinarios, resulta fácil compartir la idea de que el hilo que separa lo normativo de lo no normativo, al día de hoy es muy fino. Y además, falto de interés.

# CAPÍTULO 1
# DERECHO EXTRANJERO Y COMPARADO

El presente curso se denomina Derecho Extranjero y Comparado. Concita en consecuencia, el estudio de dos materias importantes del Derecho: el Derecho comparado, y la determinación, el conocimiento y la aplicación del Derecho extranjero, que generalmente se produce a través del Derecho internacional privado. Intentaremos en primer lugar, analizar las características del primero, para luego aportar unas breves nociones del segundo.

## Sección 1
## Derecho Comparado

En la actualidad se reconoce en forma unánime, la importancia y la necesidad de realizar estudios comparatistas, pero la unanimidad cesa cuando se intenta determinar si existe una rama del Derecho denominada Derecho comparado o si por el contrario, estamos pura y simplemente ante un método de investigación jurídica. Esta difícil decisión se ha mantenido hasta el día de hoy y ha perturbado a los especialistas más destacados.

Parece indudable que el Derecho comparado –si existe- obliga a adoptar una postura de apertura, de abrir puertas y ventanas en nuestra mente hacia otras civilizaciones y sistemas jurídicos con la finalidad de examinar qué respuestas han dado a los mismos retos que experimentamos nosotros para solucionar jurídicamente los numerosos problemas que los humanos generan día a día. El mejor mecanismo para combatir el chauvinismo -la creencia de que nuestras soluciones jurídicas son las mejores- consiste en admitir que todas esas soluciones son pasibles de evaluación a través de la comparación, respecto a su implementación y respecto a sus resultados. No se conoce mejor modo de examinar cuán buenos somos desde el punto de vista jurídico si no es a través de la comparación de soluciones y de resultados.

Por otro lado, y como el reverso de una medalla, con un argumento algo envejecido, algunos consideran que es difícil conocer el Derecho extranjero en su real dimensión, ya que corremos el riesgo de ver a los demás sistemas jurídicos con un cristal deformado, lo cual puede llevarnos a conclusiones equivocadas. Se nota en este argumento una pereza mental que nos parece inadmisible, la enorme cantidad de información que circula por el mundo, el acceso a Internet, la intensa actividad de los organismos especializados en Derecho comparado, la opinión de especialistas que han realizado investigaciones profundas, nos conduce a rechazar esa afirmación *in limine.* Al día de hoy, nada de lo humano nos es ajeno, y aún cuando el conocimiento del otro puede presentar dificultades, ningún obstáculo puede levantar la necesidad de conocer otras soluciones jurídicas para quedarnos únicamente con la contemplación autosuficiente del Derecho propio.

Finalmente, se sostiene que el Derecho comparado no es una ciencia normativa como lo es, sin ir más lejos, el Derecho internacional privado. Se dice que las conclusiones a que llega el primero no producen efectos directos en la vida real de las personas, no crea directamente normas de conducta, y por tanto ni siquiera merecería la consideración de estar ante una rama jurídica. Tampoco tendría un objeto propio, como lo tienen las otras ramas del Derecho: civil, comercial, penal, etc. Esta afirmación también esta

equivocada: no todas las ramas del Derecho son generadoras directas de normas y no por ello se las aparta del árbol del Derecho. Citemos por ejemplo, a la Filosofía del Derecho, o a la Teoría del Derecho, ramas jurídicas importantísimas, sin las cuales no es posible el conocimiento y la estructuración de lo jurídico.

En definitiva y a pesar de las críticas, ¿qué lleva a pensar en la necesidad de la existencia o presencia de una rama del Derecho con estas características?

En primer lugar, es casi inevitable pensar en el proceso de globalización a que nos vemos sometidos diariamente y que se afirma cada vez más en el mundo. Debido a este proceso se ha afirmado la creencia de que navegamos en aguas revueltas dentro de una cáscara de nuez, y que la mejor manera de compartir la convivencia dentro de ese medio tan precario es conocernos mejor unos y otros. La globalización produce ese efecto de acercamiento, de necesidad de conocimiento, de proyectar tareas de unificación y, a la vez, de relocalización, en suma ubicarnos de una nueva manera ante una realidad diferente.

En segundo término, ¿qué podemos perder conociendo a otros sistemas jurídicos? Muy poca cosa, solamente el tiempo invertido en la investigación. En cambio, las ganancias pueden resultar importantes en cuanto nos abre la mente a opciones, traza nuevos caminos para solucionar los mismos problemas, permite evitar resultados entre "blanco y negro" y favorecer las graduaciones, los matices, la posibilidad de aceptar otras ópticas diferentes y enriquecedoras. Sin perjuicio de admitir que a través del examen comparatista aparecen nuevos valores en juego que antes no habíamos percibido.

En tercer término, y dada la tendencia manifiesta en todos los continentes a la formación de grandes bloques económicos y políticos, ¿cómo favorecer esos procesos integradores si no conocemos los sistemas jurídicos involucrados? Parece de Perogrullo que no es posible obtener una integración exitosa si los sistemas jurídicos comprometidos en el proceso no entran a la liza en forma clara y manifiesta, a los efectos de ser ponderados, evaluados, y aceptados –total o parcialmente- e incluso, rechazados. Debemos tener la valentía de aceptar la posibilidad de que nuestras soluciones jurídicas, muchas veces sacralizadas por la tradición, no son tan buenas como parecían serlo y, por tanto, deben ser reelaboradas. Para ello se necesita un toque de humildad, que no todos los hacedores de Derecho tienen. Objetividad y humildad son dos valores preciosos que sustenta el Derecho comparado y que lo vuelven una actividad insoslayable para el conocimiento del fenómeno jurídico.

Sin embargo, aún queda por saber qué hace el Derecho comparado, cuál es en concreto su actividad que la vuelve tan interesante. ¿A qué se dedica el Derecho comparado?

Para responder a esta pregunta debemos realizar un estudio de la historia del Derecho comparado debido a que sobre el punto no ha habido unanimidad a lo largo del tiempo. Si bien la tarea de comparar ha sido practicada desde que el hombre se transformó en un ser racional -saber si una herramienta de madera es mejor que la de hierro para partir una piedra, o que una lanza es mejor que un machete para atrapar a un pez- desde que el hombre se impregnó de civilización jurídica consideró que era necesario conocer las soluciones que cada Derecho aportaba a los mismos problemas, como fue la actitud de Licurgo en Esparta, o de Solón en Atenas.[1] Pero si bien estas actitudes merecen ser destacadas, lo cierto es que en cuanto tratamiento científico de la comparación, el Derecho comparado es una rama jurídica reciente,

[1] "La comparación de los Derechos, entendida en el sentido de la yuxtaposición, del estudio con miras a relevar los parecidos y las diferencias, es algo tan viejo como la ciencia misma". Yokaris, Angelos. *Problèmes méthodologiques et nature de la recherche comparative en droit international*. Revue Hellenique de Droit International. P. 65.

diríamos muy reciente, más joven aún que el Derecho internacional privado que cuenta con 8 siglos de existencia.

Algunos estudiosos centran su atención sobre el s. XVIII –tan germinal en numerosos aspectos- específicamente en el año 1748 cuando el Barón de Montesquieu (1689-1755) publicó su obra *El espíritu de las leyes* donde recurrió en forma asidua a la cita de otras legislaciones, intentando organizar la variedad de los datos que proporciona la realidad social en tipos. Afirmaba que las diferencias de clima y las peculiaridades geográficas, así como las condicionantes históricas, intervienen en la formación de las leyes de cada pueblo. Según Montesquieu "dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas. Deben adaptarse a los caracteres físicos del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su tamaño, al género de vida, al grado de libertad que permita la Constitución, etc." Marc Ancel lo considera el primero de los comparatistas en el sentido moderno de la expresión; si bien Montesquieu no creó un método para el análisis comparatista, de modo de realizar un examen sistemático de las instituciones, y sus citas derivaban ampliamente "del exotismo folclórico" muy en boga en el s. XVIII. Conspiraba contra la creación de un método científico, la amplia vigencia que tenía el Derecho natural en ese entonces, considerado como inherente a todo ser humano en cualquier región del Globo, lo cual desmerecía hasta cierto punto el hecho de comparar, salvo con ese Derecho superior e innato en los hombres. Podemos pensar entonces, que la presencia de Montesquieu fue un primer intento fallido. Sin embargo, la cita de legislaciones extranjeras avivó el interés por conocer el Derecho ajeno, lo cual llevaría con fuerza a plantear la necesidad de crear una nueva rama jurídica.

Hay quien dicen que el proceso globalizador que experimentamos en estos momentos –porque ha habido muchos otros- nace con la revolución industrial y el fortalecimiento de los medios de comunicación que permitieron circular por el mundo y acercarnos a otras culturas: los medios de transporte por tierra o agua se hicieron más frecuentes, el telégrafo permitió la comunicación prácticamente instantánea entre las personas, el mundo se dio a conocer tal cual era y no tal como nosotros lo imaginábamos.

Producto de ese movimiento comercial internacional que los Estados deseaban fortalecer, fue el hecho de fomentar la realización de Exposiciones Universales, que mostraran los productos manufacturados de todos los países del mundo. En el mismo año de 1869 se concretarán dos acontecimientos que se enderezarán hacia el fortalecimiento del conocimiento del Derecho ajeno: la creación de la *Societé de Législation Comparé* en Francia, y de la cátedra de Derecho Comparado en la Universidad de Oxford en Inglaterra. Los análisis científicos de otros Derechos comienzan a realizarse en forma sistemática, los cuales fueron respaldados por Revistas especializadas, como la *Revue de Droit International et de Droit Comparé* en Bélgica, cuya valiosa presencia y aporte a la disciplina perviven hasta el día de hoy. En el año 1900 se creó la primera revista dedicada al Derecho comparado, por Mittermaier y Zacarías. Comenzaron a realizarse los primeros trabajos de traducción jurídica de obras de doctrina y de textos legales, permitiendo de esta manera un despliegue de las soluciones jurídicas locales hacia un radio mayor de acción, impensable poco tiempo antes. Como consecuencia lógica de lo dicho, el sector comercial del Derecho fue el primero en abordar estudios comparatistas: la letra de cambio, el cheque, las sociedades mercantiles, los medios de transporte marítimos o ferroviarios, etc.

A fines del s. XVIII, pero especialmente en el s. XIX, es donde el fenómeno estalla con toda su fuerza y donde comienza el proceso de codificación de todas las ramas del Derecho. No hubo país, ni hubo

materia, que no buscara la codificación como modo de sistematizar las normas vigentes, pero también como modo de pasar a integrar el club de los países considerados "civilizados". El movimiento codificador produjo graves daños al Derecho internacional privado, al alentar a los legisladores nacionales a crear soluciones puramente nacionales, prescindiendo de las que pudiera elaborar el vecino, perdiéndose esa postura de estar creando soluciones comunes a todos los Estados. Por el contrario, cada legislador llevó a cabo su desahogo nacionalista. Indudablemente que si en ese momento se hubiera contado con la presencia de un Derecho comparado fuerte y bien plantado en sus objetivos, esos perjuicios que la tarea codificadora produjo sobre el Derecho internacional privado no se hubieran producido o hubieran sido mucho menores. Pero la ciencia comparatista recién estaba *in statuts nascendi* y poco podía hacer ante tales acontecimientos.

Aquellos autores que se han inclinado al examen de la evolución histórica del Derecho comparado afirman que un factor determinante de consolidación de la materia fue la inauguración en el año 1900 de la Exposición Universal de París. Aprovechando este importante acontecimiento y simultáneamente con el mismo, la *Societé de Legislation Comparé* francesa bajo el influjo de Raymond Saleilles convocó a un Congreso Internacional de Derecho Comparado, con el evidente propósito de fortalecer y darle autonomía científica a esta rama jurídica. A él asistieron importantes figuras de la época, por Francia: Eismen, Duguit, Gény y Lyon-Caen; por Inglaterra: Bruyce y Pollock; por Alemania: Kohler y Zittelmann, por Suiza: Huber; y también otras delegaciones provenientes de Norteamérica, Italia, Montenegro y Rusia. A través de este Congreso Internacional se alentó el examen de las legislaciones estatales con la finalidad de encontrar un fondo común a todas ellas, o al menos aquellos puntos en los que podía comprobarse una mayor aproximación. Ancel considera que el Congreso citado constituyó "el acta de nacimiento" del Derecho comparado moderno, al apartarlo de la simple curiosidad cosmopolita y sentar las bases para un examen científico del fenómeno comparatista. Las ponencias presentadas fueron incorporadas a dos volúmenes, de consulta indispensable para quienes querían adentrarse en el dominio de esta materia; Edouard Lambert fue quien realizó el Informe, ante la enfermedad de Raymond Saleilles.

Por vía indirecta estos acontecimientos alentaron la creación de obras de investigación, como la de Lambert en 1902 con la *Función del Derecho Comparado*, "donde la materia que someteremos a nuestro trabajo de inducción que harán surgir los principios, no sólo será suministrada por la ley sino también por la masa de la jurisprudencia contemporánea". Consideraba que era "posible formular un Derecho común legislativo consistente en la indagación del fondo común de principios jurídicos que comparten pueblos de similar grado de desarrollo material y cultura (…) mediante una investigación empírica y comparada conducida sobre la fuente del Derecho más vivaz, es decir, la versión judicial del Derecho legislado". Lambert pensaba que era "en la costumbre de expresión judicial, donde el comparatista encontrará los materiales empíricos para realizar su encuesta, ese fondo común de máximas y concepciones jurídicas, donde se desprenderá a mi entender el objeto de los estudios de Derecho comparado, el cual aparece mucho más vasto y abundante cuando se estudian los principales sistemas jurídicos contemporáneos a través de sus jurisprudencias, bajo la fisonomía que han tomado en contacto con la experiencia y por la acción del tiempo, que cuando se los examina a través de fórmulas muy estrechas y a menudo envejecidas

que les han dado las codificaciones".[2] Y realiza los primeros intentos para introducirse en el conocimiento del Derecho del *common law*, así como del mundo islámico.

Raymond Saleilles –otra figura relevante de dicha época y Maestro del anterior- coincide en que era posible descubrir o traer a la luz, "los principios generales de Derecho, reconocidos por los países civilizados". Como decía el profesor francés Henri Batiffol: en todos lados, la gente nace, crece, eventualmente se casa una o varias veces, tiene hijos y muere, por ello no es posible pensar que a pesar de las diferencias culturales que trasuntan los mismos hechos, no pueda arribarse al descubrimiento de la veta última, de un fondo común a toda la Humanidad, por lo que se consideraba al Derecho comparado como la herramienta adecuada para culminar en ese objetivo: comparar las legislaciones con la finalidad de extraer aquellos principios últimos que las acercan, que se ven reiterados en todas sin excepción, lo que los autores del s. XIX denominan "un fondo común o general", que se traduciría en el descubrimiento de principios de amplia vigencia.

Sin embargo, y como señala Ancel, los comparatistas de la primera hora acotaron su tarea en un grado importante: en primer lugar, consideraron que sólo era posible comparar cosas comparables; en segundo término, que sólo era posible comparar los Derechos de los países "civilizados", lo cual introduce un importante elemento de discriminación y de euro-centrismo en la labor de investigación a que conducía el Derecho comparado, sin perjuicio de generar la interrogante sobre qué elementos un país debe considerarse "civilizado"; en tercer lugar, no se trataba de analizar la presencia de normas idénticas sino el espíritu subyacente detrás de las mismas -la esencia del Derecho- que se encontraría investigando no sólo los textos legales sino también la jurisprudencia, la doctrina y la vida práctica. Por ese motivo, en la primera etapa de la evolución del Derecho comparado, la tarea principal fue comparar el Código Napoleón aprobado en Francia en 1804 con el novísimo Código alemán, el cual entró en vigencia prácticamente 100 años después, en el 1900. O con el Código suizo de 1907. Todos ellos países "civilizados", que estaban ubicados en un mismo plano de evolución jurídica.

La primera guerra mundial -1914-1918- echó un balde de agua fría sobre el optimismo reinante y la fe en el porvenir del Derecho comparado en cuanto instrumento adecuado para obtener un fondo común de principios jurídicos. Las secuelas de la guerra sobre la población y sobre la economía de los países, así como la reformulación de los territorios por parte de las potencias vencedoras, condujo a pensar que la tarea primordial a que debía dedicarse esta rama jurídica debía ser la aproximación de las instituciones jurídicas de modo y manera no sólo de constatar la existencia de principios últimos comunes a las naciones civilizadas sino que había que dar un paso más yendo a la construcción de un derecho único o uniforme que fuera la expresión de una sociedad internacional de posguerra en vías de construcción. Fruto de enfoque se crea en Roma, en el año 1928, UNIDROIT, un organismo interesado especialmente en la unificación del Derecho privado, cuyas actividades han continuado hasta el día de hoy. Ya no se trataba de realizar una comparación entre cosas comparables sino de ampliar la mira y extender el examen hacia otros sistemas jurídicos que tuvieran una génesis distinta. Un ejemplo podía ser dado por el examen de las peculiaridades, semejanzas y diferencias entre el *common law*, del otro lado del Canal de La Mancha y los países de Europa continental, herederos de la cultura romano-germánica. Aparecieron

[2] Petit, Carlos. *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque.* La comparazione giuridica tra Otto e Novecento. Milano. 2001.

vocablos o instituciones que forzaron a realizar una tarea analítica en profundidad: la *equity* por ejemplo, o el caso del *trust.* Este último, ¿podía considerarse por los países europeo-continentales una institución desconocida, o podía extraerse de su naturaleza elementos que lo aproximaran a otras instituciones existentes en el continente?

Advino luego la segunda guerra mundial (1939-1945) con su devastadora secuela de destrucción y muerte, y la evidencia de hasta qué punto se habían violado los derechos fundamentales de las personas, sometidas muchas de ellas a tratamientos humillantes, vejatorios y degradantes. La idea de un Derecho mundial único y universal parecía una quimera, la óptica del momento obligaba más bien a acercar las legislaciones pero con la finalidad de fortalecer los mecanismos de cooperación jurídica y política, evitando un nuevo enclaustramiento de los Estados que sólo puede suscitar xenofobia, irredentismo, un nacionalismo exacerbado, chauvinismo. A partir del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, la defensa de los derechos humanos ocupó el primer lugar, y como elemento de apoyo el aliento a la creación de mecanismos cooperativos o de colaboración entre los Estados que fomentaran la interdependencia y evitaran la repetición de los problemas que producía el aislamiento. Evitar las rupturas entonces, evitar los aislamientos políticos y jurídicos, favorecer la mutua dependencia para intentar resolver problemas concretos y específicos.

Sin embargo, la Guerra Fría -expresión del enfrentamiento político entre los países socialistas, de cuño marxista-leninista, y los países capitalistas con una economía de mercado- fue un obstáculo importante para el desarrollo uniforme del Derecho comparado. En la concepción comunista, al Derecho se lo consideraba una herramienta de dominación de una clase sobre la otra, especialmente sobre el proletariado, y que la dictadura del proletariado era de tránsito obligado que auguraba el futuro de una sociedad sin clases.

A ello se aunó la publicación en el año 1945 de la obra *Comparative Law* del profesor H. C. Gutteridge, quien realizó un ataque fulminante, al considerar que el Derecho comparado carecía de autonomía como ciencia jurídica y que lo que en realidad llamamos Derecho comparado se trata más propiamente, de un método –el comparativo- al cual puede recurrir cualquier rama jurídica. Esta posición fue apoyada por René David para quien el Derecho comparado es sólo el método comparativo aplicado en el terreno de las ciencias jurídicas.[3]

Ancel combate esta concepción restrictiva, confiscatoria de la presencia de esta rama del Derecho. Según el referido autor, el empleo de la comparación es de dimensión variable, ya que puede llegar a ser sólo un auxiliar de una investigación de orden interno o de una exposición general; pero también puede conducir a confrontar posiciones de dos ordenamientos jurídicos respecto de una cuestión específica; o contribuir a

---

[3] David, René. *Traité élementaire de droit civil comparé.* Paris. 1950. p. 3, para quien "el Derecho comparado no forma parte del Derecho positivo de cualquier nación, al mismo título que el Derecho civil o el Derecho administrativo". Estos ataques generaron una verdadera crisis. Josep María Quintana Cabanas en su *Epistemología de la pedagogía comparada* confecciona una lista de las diferentes posiciones respecto de la pedagogía comparada, tan antagónicas y diversas que sorprenden y más que nada desconciertan, generando una desconfianza sobre la viabilidad de la materia. "los sostenedores de las teorías críticas concluían su argumentación adelantando que la comparación no a apunta a desprender un sistema objetivo de nociones y de reglas jurídicas internacionalmente válidas, lo que ellos critican es el carácter de la investigación comparativa en tanto que fuente normativa. Este último argumento está conforme con la concepción general que bajo la influencia del positivismo sirve de núcleo a todas las teorías críticas. (…) de todos modos hay un cierto acuerdo en reconocer el carácter científico de la investigación comparativa. (…) numerosos comparatistas han sostenido que si bien la investigación comparativa no constituye una disciplina autónoma, sin embargo culmina en resultados científicos tangibles como parte comparativa de algunas ramas del Derecho". Yokaris, Angelos. *Problèmes (…)* Op. cit. p. 73 a 76.

la elaboración de una Convención internacional -de Derecho uniforme o no- intentando evitar obstáculos de modo de obtener una amplia ratificación; o conocer simplemente una institución extranjera; o de proponer la perfección de determinadas instituciones; etc. Y afirma que es una ciencia, porque el Derecho comparado en su análisis de los grandes sistemas jurídicos contribuye a diseñar una "geografía jurídica" análoga o paralela a las instituciones jurídicas. El objeto del Derecho comparado es el resultado que se obtiene, a través o por medio de la comparación; cuestión distinta del método en sí mismo, y que contribuye a la creación de una ciencia jurídica dotada de una cierta autonomía, al suministrarle al operador jurídico un conjunto de conocimientos sistemáticamente organizados.

Al día de hoy prospera la postura de que el Derecho comparado propende principalmente a la comparación de diferentes sistemas jurídicos, entendidos como "un conjunto más o menos amplio de legislaciones nacionales unidas por una comunidad de origen, de fuentes, de concepciones fundamentales, de métodos y de procesos de desarrollo".[4] El campo de investigación será entonces bastante amplio: países de tradición romano-germánica, países integrantes del *common law*, países musulmanes, países con influencia china o india, países africanos de cultura animista, etc. Por lo general no se estudian los sistemas jurídicos en forma global sino a través de determinadas instituciones, tales como la adopción, el matrimonio o el divorcio. Se trata de ver lo común y lo diferente pero sin buscar la unificación legislativa, por lo menos en lo inmediato.

La aproximación efectiva de las legislaciones puede lograrse en forma espontánea y progresiva, o al día de hoy convertirse en un *mixing*, donde convivan soluciones novedosas traídas del extranjero con aquellas propias de la tradición o de la costumbre, de modo de favorecer su aceptación por la sociedad. La unificación tal cual, no es posible de aceptar, por cuanto a pesar de que podamos contar con normas iguales en todos los países, los tribunales nacionales las interpretarán de acuerdo a las influencias culturales locales. Además, no es posible unificar todas las ramas del Derecho, sería una actitud totalitaria que no dejaría a los individuos la posibilidad de expresarse socialmente. Sólo en la medida en que exista un tribunal internacional conjuntamente con el derecho sustantivo uniforme, podría garantizarse el éxito de tal Derecho, pero ya sabemos que hoy es una posibilidad lejana para la mayoría de los Estados, reacios a contribuir a generar más burocracia internacional, y condicionados por el problema de los costos de un proyecto en tal sentido. Más bien se ha puesto el acento en la aproximación, en la coordinación o en la armonización, que en la implantación de un texto común *urbi et orbi;* la propia UNIDROIT renuncia cada vez más a proponer Convenciones internacionales de contenido sustantivo uniforme para volcarse a la elaboración de Leyes Modelo o Leyes Tipo que tendrían un valor pedagógico, orientativo a la par de propender a soluciones próximas entre todos los países que se acerquen a ese modelo propuesto.

Leóntin-Jean Constantinesco señala un conjunto de condiciones necesarias a cumplir para que la ciencia de los Derechos comparados sea considerada una disciplina autónoma:

- debemos plantear nuevos problemas que ninguna otra ciencia ha formulado o planteado aún;
- luego será necesario ordenar esos conocimientos para hacerlos inteligibles, exponiéndolos en forma sistemática, clasificando y explicando;

[4] Ancel, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado. Elementos de introduçao geral ao estudo comparado dos directos.* Porto Alegre. 1980.

- agrupar los órdenes jurídicos nacionales en unidades más vastas, como puede ser la reunión en sistemas o familias jurídicas.

Para el referido comparatista, el objetivo de la ciencia de los derechos comparados es el siguiente:

- atender todos los problemas relativos a los órdenes jurídicos en tanto que entidades globales;
- propender al examen de aquellos sectores que forman la estructuras que dan su especificidad a cada orden jurídico;
- practicar la comparación mediante la selección del criterio apropiado;
- definir la noción de parentesco y establecer los grados de parentesco;
- examinar la forma en que se llegan a integrar los órdenes jurídicos dentro de los sistemas o familias jurídicas, analizando nociones, relaciones y fundamentos.

Todo este campo de la investigación jurídica es propio del Derecho comparado y ninguna otra disciplina lo practica, ante lo cual no cabe objetar la existencia autónoma de esta rama del Derecho.

## Sección 2
## Derecho extranjero

El examen del Derecho extranjero puede no tener necesariamente una finalidad comparativa. Puede accederse al conocimiento de un Derecho extranjero para familiarizarse con él, para percibir los valores que los sustentan y lo animan, sin ninguna consecuencia práctica inmediata.[5]

Pero, si los particulares trascienden con su actuación el ámbito local o nacional en el que viven, puede ocurrir que esa actividad extra-estatal como la definía el Profesor Quintín Alfonsín, genere la necesidad de saber por qué Derecho debe regularse la actuación privada de esos sujetos. Por ejemplo, una persona residente y nativa de Argentina viaja a Brasil donde conoce a una joven brasileña residente en dicho país e inmediatamente deciden contraer nupcias. El problema que genera esta decisión es el siguiente: ¿cuál será el Derecho aplicable al acto matrimonial, en cuanto a su forma y a sus exigencias de contenido, como por ejemplo, edad, consentimiento, asentimiento de los padres, etc.? ¿Las leyes de la nacionalidad de cada contrayente, las leyes del domicilio de cada uno de ellos –en este caso coincidente con la nacionalidad- o la ley del lugar donde se celebra el acto? Más de una ley aboga en la hipótesis por ser aplicada, en virtud de la "conexión" que mantienen con el acto o con alguna de las personas involucradas. En el caso expuesto, dos leyes son eventualmente aplicables: la ley argentina y la ley brasileña. Obsérvese que en la hipótesis que hemos expuesto ya no se consulta al Derecho extranjero por puro espíritu de conocimiento sino que se lo indaga para ser aplicado con toda la fuerza que una norma jurídica pueda tener.

Para saber si debemos aplicar el Derecho local o el Derecho extranjero debemos recurrir a una rama del Derecho específica: al Derecho internacional privado, el cual por medio del denominado método de los conflictos de leyes, intenta resolver ese conflicto entre legislaciones que se disputan la regulación de una

[5] "El Derecho comparado no es estudio del Derecho extranjero sino que los modelos doctrinales son confrontados y comparados siempre y cuando sean instituciones pertenecientes a una misma clase, necesitando de un marco referencial. (…) Para que pueda hablarse de una comparación jurídica en sentido jurídico-dogmático es presupuesto indispensable que las instituciones jurídicas sean consideradas no dentro del marco de otro Derecho (como erróneamente repiten los 'comparatistas'). Una vez interpretado el material a comparar, de conformidad con el *corpus* respectivo de doctrina, las características de estas instituciones deben ser confrontadas como instancias de un meta-modelo doctrinal más amplio. Este meta-modelo contiene a las instituciones con todo el bagaje dogmático que las explica (tradiciones y prácticas judiciales y *comprises)* (…) Únicamente dentro de un marco doctrinal apropiado pueden ser puestos en relación distintas normas o instituciones jurídicas". Tamayo y Salmorán, Rolando. *Teoría jurídica y "Derecho comparado". Una aproximación y un deslinde.* Isonomía. No. 27. Octubre 2007. p. 29 y 41.

misma relación privada internacional, optando por una de ellas, o decidiendo que deben aplicarse las dos en forma conjunta.

Las Convenciones internacionales y las leyes nacionales han implementado mecanismos o vías para llegar, tanto a la determinación de cuál es el Derecho aplicable a determinada relación jurídica, como también para acceder al conocimiento del Derecho extranjero. En esa tarea, la intervención de los traductores jurídicos es vital para lograr vencer las barreras idiomáticas y obtener trámites más ágiles y confiables, en cuanto a que si los países involucrados hablan idiomas diferentes, se hace necesaria la intervención de estos profesionales para traducir exhortos o cartas rogatorias, informes de expertos jurídicos extranjeros, sentencias, textos legales, doctrina, etc.

Y también es importante el aporte que puede dar el Derecho comparado al experto en Derecho Internacional Privado con la finalidad de acreditar "la vigencia, el sentido y el alcance" de la norma jurídica extranjera. Por tanto, y cerrando este Capítulo, la definición de este Curso como *Derecho Extranjero y Comparado* es correcta: ambos campos no se empalman, y los dos deben ser de conocimiento indispensable para el traductor jurídico, como manera de obtener en su tarea específica, un resultado dotado de la mayor fidelidad posible.

# PARTE 2

# LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS

Los diversos sistemas estatales aparentan aglutinarse en grandes conglomerados o sistemas jurídicos de acuerdo a algunas semejanzas comunes que prevalecen en ellos. René David recurrió a la noción de "familias jurídicas", donde como en toda familia humana, pueden apreciarse los lazos de parentesco proporcionados por un pasado común, por la tradición, o por el trasplante, aceptado o impuesto brutalmente, en este caso por lo general a través de mecanismos políticos excepcionales. Como en toda familia, cada sistema jurídico integrante va eligiendo un camino de evolución diferente, de acuerdo a su contexto social, político, económico, geográfico, cultural y hasta religioso, y es posible trazar grupos y subgrupos dentro de cada conglomerado familiar.

En estos momentos, nuestra atención estará dedicada al examen de cuatro grandes sistemas jurídicos: el del *common law* americano, el indio, el chino y el musulmán. Los tres primeros resultan representados por tres grandes países en la escena internacional: los Estados Unidos de América, la República Popular China y la República de la India, los cuales en las próximas décadas disputarán el primer lugar en el campo económico. En cuanto al último sistema, son numerosos los Estados que han adoptado la doctrina islámica como fundamento de su organización social y política, por lo que la aplicación de sus preceptos aparece más diversificada. De todos modos, ese espacio musulmán representado por la *Uma* ha adquirido un importante protagonismo en la actualidad, por diversas razones: una de ellas, debido a que varios países pertenecientes a este grupo han descubierto bajo su suelo una riqueza energética indispensable para el funcionamiento de la economía mundial como es el petróleo; la otra es que enormes contingentes de personas originarias de esos países han emigrado sobre todo a Europa, modificando la conformación social del viejo continente de una manera bastante importante.

Por esas razones, entonces, dedicaremos los Capítulos 2 a 5, al examen de los sistemas jurídicos que hemos mencionado, como forma de acercarnos a sus pautas culturales y jurídicas, con el objetivo de facilitar la tarea del traductor jurídico.

# CAPÍTULO 2
# LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

## Antecedentes

En su obra magistral, René David nos advierte que si bien la expresión "Derecho angloamericano" puede emplearse justificadamente, en cuanto se trata de Derechos –el inglés y el norteamericano- integrantes de una misma familia –hasta podríamos decir ubicados en una relación paterno-filial- lo cierto es, que ambos tienen diferencias notables que ameritan un estudio por separado.[6] En cuanto a las semejanzas, David cita las siguientes: ambos Derechos están íntimamente emparentados, pertenecen al mismo grupo, los métodos de trabajo y de investigación son los mismos; el idioma es común; al estudiarlos, los operadores jurídicos de ambos sistemas "no se encuentran desconcertados por la estructura general del Derecho, ni por los conceptos que hallan en ellos; acceden sin gran dificultad a la literatura jurídica, y no encuentran mayores obstáculos pasar del estudio de su Derecho nacional al de ese Derecho extranjero".[7]

Pero David precisa que la similitudes señaladas no se deben totalmente a que una fue colonia de la otra, porque la colonización inglesa ocurrió principalmente sobre la costa atlántica, el oeste aún estaba inexplorado, y en el sur nos encontrábamos con la Louisiana francesa, la Florida española, y el territorio mexicano, y en todos estos casos dominaba la herencia romano-germánica. Por otro lado, las normas del *common law* establecían que éste debía aplicarse "en la medida que sus reglas fueran apropiadas a las condiciones de vida del territorio en cuestión", lo cual no era el caso respecto de las posesiones americanas.[8] En realidad, la vigencia del *modus operandi* americano se debió a una verdadera recepción del Derecho inglés entre los s. XVIII y XIX, por obra de los juristas presionados por la necesidad de resolver diversos problemas de la nueva sociedad, ya que las únicas obras jurídicas que podían comprender y entender eran las escritas en lengua inglesa. Este sistema jurídico –el inglés- llegó a imponerse no sólo en las colonias originarias, sino que se explayó por todos los territorios poseídos, comprados o arrebatados a otros Estados, de modo que hoy día rige en a todos los E. U. de A.

En cuanto a las diferencias, David señala algunas importantes: el carácter federal del gobierno americano -algo incomprensible para la mentalidad inglesa- donde cada uno de los estados tiene su propio Derecho, y el gobierno central un Derecho para ciertas materias que se impone a todos. La existencia de una organización judicial doble: federal y estadual, con división de competencias, también inimaginable en el Derecho inglés. En el ámbito de los conceptos, también difiere el de la *equity* o la importancia del jurado.

---

[6] David, René. *Tratado de Derecho Civil Comparado. Introducción al estudio del Derecho comparado y al método comparativo*. Madrid. 1953. p. 291.

[7] Op. cit. p. 291.

[8] David explica que el *common law* inglés "no podía convenir a la nueva sociedad creada en las nuevas plantaciones por los colonos, completamente distinta de la sociedad inglesa. Las condiciones materiales de su vida, en lucha incesante con una naturaleza y unos indios hostiles; la atmósfera moral de ciertas colonias formadas por puritanos rebeldes contra el modo de vida y los principios jurídicos predominantes en Inglaterra; en fin, el carácter muy rudimentario de la administración y en especial, la ausencia de juristas, todo concurría a que los colonos rechazaran el *common law*." Op. cit. p. 298.

La regla del *stare decisis* o de los precedentes no funciona de igual manera en los E. U. de A. y en Inglaterra, ya que el Tribunal Supremo de los E. U. de A. y los tribunales superiores de cada estado, no se hallan sometidos a sus propios precedentes. Como aspecto a destacar: el *common law* inglés nació como una garantía contra los poderosos y la ley era sentida como un herramienta de la tiranía y, por tal motivo, debía tener una actuación muy restringida; pero en Norteamérica la ley escrita más importante es la Constitución, la cual constituye el resguardo fundamental de todo norteamericano en cuanto a sus derechos esenciales. La búsqueda de no diferenciarse demasiado para facilitar la convivencia entre los estados de la Unión ha conducido a la elaboración de *Restatements* en diversas áreas del Derecho, sobre lo cual hablaremos más adelante.

Por otro lado, en los Estados Unidos de América, donde cada uno de los estados de la Unión poseyó independencia legislativa, y un sistema muy parecido al derecho internacional privado debió crearse con la finalidad de regular las relaciones jurídicas extraestaduales cada vez más intensa, a medida que el país se integraba. Esta circunstancia le impuso matices especiales a la doctrina estadounidense en cuanto los conflictos de leyes que tuvieron que conocer los tribunales americanos, que en su primera hora fueron conflictos interestaduales. Colaboraba en esta actitud de recíproca cooperación, la existencia de una Constitución Federal y la aceptación de dos cláusulas o criterios: la del *due process* y la del *full faith and credit.* La cláusula del *due process* tiene por objetivo impedir a los Estados federales aplicar su propio Derecho a la solución del litigio, cuando ese Derecho no presente un mínimo de contacto con el caso concreto. En cuanto a la cláusula *full faith and credit,* se obliga a los Estados hermanos –a los *sister states*- a reconocer los juicios dictados en los otros Estados, cada vez que:

1) el foro no tenga competencia para dictar sentencia, y

2) se hayan respetado los derechos de la defensa.

Como puede apreciarse, para los conflictos de leyes y de jurisdicciones interestaduales, los E. U. de A. habían ideado un conjunto de soluciones basadas en la cooperación y la mutua confianza. Este conjunto de soluciones fueron suficientes durante el tiempo en que dicho país se mantuvo en su espléndido aislamiento, pero a medida que comenzó a participar en el comercio internacional se presentó el problema de resolver cómo regular las relaciones extranacionales. La concepción acentuadamente territorialista tuvo un gran predicamento en los E. U. de A. Con ello el profesor Alfonsín hacía referencia al reconocimiento de la soberanía absoluta del Estado, lo cual conducía al planteo de dos premisas:

a) dentro del Estado *siempre* deben aplicarse las leyes del Estado;

b) fuera del Estado *nunca* pueden aplicarse las leyes del Estado.

¿Era posible fomentar y afirmar el comercio internacional a través de una concepción territorialista del Derecho tan estricta? Como veremos seguidamente, los E. U. de A. tuvieron grandes dificultades para resolver el tema de la aplicación del Derecho extranjero a casos extra-nacionales. Era evidente que el Estado no podía rechazar *in limine* la aplicación de la norma jurídica extranjera a hipótesis extra-nacionales, por cuanto ello significaría la muerte inmediata del comercio internacional, la postura más realista era admitir las relaciones extra-nacionales como tales, de acuerdo a su propia naturaleza, pero ello iba contra el dogma de la soberanía absoluta, según el cual dentro del territorio del Estado siempre debe aplicarse la ley de ese Estado. Ante qué postura debíamos inclinarnos fue un verdadero dilema para los juristas americanos. Al igual que los holandeses, resolvieron la cuestión afirmando que el Estado no está

obligado jurídicamente a admitir la eventual vigencia de las leyes extranjeras dentro del propio territorio, sólo deben conceder una admisión benévola, por cortesía internacional (*comity - comitas*), cuando juzgue útil obrar así. Por ejemplo, si hay reciprocidad entre los países.

## Características del sistema angloamericano

a) *el Derecho es de creación eminentemente judicial:* sólo funciona en caso de litigio, las normas legales o jurisprudenciales de derecho internacional privado están destinadas al uso judicial. Los fallos judiciales causan jurisprudencia obligatoria –*stare decisis et non quieta movere.* Ante una decisión judicial que haya pasado en autoridad de cosa juzgada en un estado de la Unión, cualquier otro magistrado debía atenerse a lo ya decidido y no debía mover lo que ya estaba firme. El particular no consideraba que tenía un derecho porque estaba vigente una ley que así lo se lo reconocía –actitud propia de un integrante del sistema romano-germánico- sino que sabía que tenía un derecho porque si iba a juicio, el juez se lo reconocería. La aplicación privada del Derecho privado estaba, por tanto, pendiente de la aplicación judicial: del uso que de él hacían los jueces. Como órgano del Estado que es todo magistrado, debía aplicar la ley que lo invistió, por este motivo el derecho internacional privado necesariamente debía ser nacional,

Dos características sobresalen en el Derecho americano. En primer lugar, su carácter inductivo. Este sistema no se edificó proponiendo normas generales aplicables luego por la judicatura en cada fallo –como se estila en los países de herencia romano-germánica- sino que se partió de la previa consideración de los fallos judiciales, para extraer de los mismos, normas generales. El Parlamento produce leyes: *statutory law*, las cuales son escasas y cuando no hay leyes el juez debe atenerse a los precedentes judiciales -*rules of precedents*- que obligan a juzgar como lo han hecho jueces de igual o de superior jerarquía. Si el caso es nuevo -sin precedentes, pero también cuando quieren apartarse de ellos- el juez recurre a los principios generales de justicia y equidad y a la doctrina autorizada de autores fallecidos.

La otra característica relevante es su carácter positivo, en el sentido de que sus preceptos coinciden puntualmente con la práctica judicial: en virtud de que *the judge made law* la norma jurídica coincide exactamente con lo fallado, debido a que es el juez quien crea Derecho. Por ese motivo se le da importancia a lo que es, no a lo que debe ser. En la misma línea de pensamiento manifiestan una cierta alergia a la labor especulativa, sólo estudian las reglas que determinan la competencia judicial y la legislación aplicable.

## ¿Cómo se determinó la competencia judicial y la legislación aplicable en la primera hora? Alfonsín, da los siguientes detalles:

*Primera regla:* los jueces son competentes cuando pueden dictar una sentencia efectiva. Y lo será cuando puede ser ejecutada por orden del mismo juez que la ha dictado. Se asumirá o no la competencia mirando si la cosa objeto del litigio o el demandado se hallan dentro del territorio del juez.

a) *acciones reales*: el juez competente es el del lugar donde está situada la cosa.

b) *acciones personales*: aquellas relativas al estado y capacidad de las personas serán asumidas por el juez del domicilio de esa persona. Las de índole patrimonial: por el juez del territorio donde se encuentre el demandado.

c) *sucesiones*: sólo asumirán competencia para aquellos bienes que se encuentran dentro del territorio. Hay, por tanto, un fraccionamiento.

*Segunda regla*: para determinar la ley aplicable se estará a lo siguiente:

a) *bienes*: los inmuebles se rigen por la *lex rei sitae,* en el caso de bienes muebles por la ley del domicilio del propietario que es aplicada como ley personal.

b) *personas*: capacidad, estado y relaciones de familia: por la ley del domicilio,

c) *sucesiones*: en el caso de bienes raíces, por la *lex rei sitae;* en el caso de bienes muebles, por la ley del domicilio del causante,

d) *contratos*: se admite el principio de la autonomía de la voluntad. En caso de falta de voluntad expresa o tácita se presume que las partes han elegido, en algunos casos a la *lex contractus* y, en otros, a la *lex loci solutionis.*

e) *Formas*: se aplicará el principio *locus regit actum.*

*Tercera regla*: se deberá examinar si la ley o la decisión extranjera no afectan al orden público local. Noción difícil de precisar debido a su elasticidad. La ley extranjera puede aplicarse cuando no afecte la moralidad local, cuando no establezca estados penales desconocidos en el foro, y cuando no interfiera con el Derecho local referido a hechos ilícitos, bienes inmuebles y procedimientos judiciales. En realidad, se utilizó como una razón no estrictamente jurídica sino para volver al territorialismo estricto del Derecho estatal.

La unidad en las soluciones fue estimulada por la aparición de los *Restatements* de la *American Law Institute.* Los *Restatements* constituyen recopilaciones oficiosas de los casos judiciales de los Estados de la Unión, y fueron elaborados bajo la égida de la *American Law Institute*, una asociación muy prestigiosa, que agrupa a los juristas más eminentes de los Estados Unidos de América: abogados, magistrados, profesores de Universidades. Los primeros *Restatements* fueron elaborados en 1930, como el *Restatement of the law of conflict of laws* adoptado en 1935. Un segundo *Restatement* lo reemplazó luego en 1971. La evolución del primero al segundo *Restatement* fue muy importante, por cuanto permitió la evolución del sistema rígido planteado originariamente hacia un sistema más flexible y respetuoso de la casuística judicial.

### El Primer Restatement y la teoría de los derechos adquiridos (o ***vested rights***)[9]

La noción de los derechos adquiridos no es exclusiva del derecho internacional privado sino que se la puede encontrar en otras ramas del Derecho, como por ejemplo en el Derecho Civil, en el Derecho Internacional Público, etc. Esta noción además, está lejos de ser unívoca. La noción del respeto de los derechos adquiridos bajo el imperio de una ley extranjera apareció por primera vez en los escritos del estatutario italiano Baldo, luego fue desarrollada por el holandés Ulric Huber en su obra *De conflicto legum*, donde el referido autor plantea tres axiomas: las leyes de los Estados reinan en los límites dentro de los límites de los Estados y resultan aplicables a todos los súbditos, pero más allá no tienen fuerza alguna; se consideran súbditos a todos los que se hallen dentro de los límites del territorio del Estado, ya sea en forma definitiva o transitoria; y los jefes de Estado, por cortesía puede permitir que una ley extranjera tenga efectos en su territorio luego de haberlos producido en el territorio de origen, siempre que el Estado receptor de la ley extranjera o sus súbditos, no se vean lesionados en su poder o en sus derechos.

---

[9] Para un examen más profundo de los autores que siguen puede consultarse la completa obra de: Hanotiau, Bernard. *Le droit international privé americain, du premier au second Restatement of the law of conflict of laws.* Bruxelles. 1979.

Hüber reconoce por tanto, la fuerza jurídica de los derechos adquiridos, en tanto su reconocimiento resultaba indispensable para asegurar confianza y tranquilidad en el comercio internacional. Pero no era una obligación sino una facultad del Estado receptor el reconocerlos, quien evaluará de acuerdo a su libre criterio –generalmente político- aceptar o no, que la ley extranjera produzca efectos en su territorio. O sea, reconoció que las leyes de una nación no podían tener efecto directo en otro país, sino que debían contar con una anuencia, con un permiso. A. V. Dicey se vio fuertemente influido por la doctrina del holandés Huber, a través del inglés Holland. La influencia de la escuela holandesa sobre la inglesa se debió a que los estudiantes ingleses iban en forma asidua a completar sus cursos a Holanda. A pesar de su impronta fuertemente territorialista, Huber fue consciente de que sería nefasto para el comercio internacional y para las relaciones internacionales, que un derecho que la ley de un Estado reconoce como válido no se vea reconocido como tal en otro Estado cuya ley sea diferente. Excepto para los inmuebles, que se rigen siempre por la *lex rei sitae*, los individuos están regidos por las leyes del territorio dentro de cuyos límites se encuentren, de modo que los actos válidos o nulos en este sitio, deberán tener el mismo efecto en cualquier otro lugar.

## ALBERT VENN DICEY

El autor inglés Dicey no estuvo de acuerdo con la idea de la "cortesía internacional" o *comitas gentium*, prefirió utilizar el término "justicia", en cuanto consideraba que era por una razón de "justicia" que las leyes extranjeras se aplican en el territorio de otro Estado. Consideraba que su aplicación no era una opción -el fruto del capricho de gobernante- sino que nacía o resultaba inspirada en razones de justicia. En el año 1896 publicó su *Digesto de las leyes de Inglaterra con referencia al conflicto de leyes*, donde se enuncia su principio general No. 1:

> *Todo derecho (1)* ***debidamente*** *adquirido (2) bajo el imperio de la ley de un país civilizado (3) será reconocido y, en general, sancionado por los tribunales ingleses. En cambio, no sancionarán ni reconocerán ningún derecho que no haya sido debidamente adquirido.*

¿Cuáles son las condiciones para que un derecho se considere *"debidamente"* adquirido?:

a) en primer lugar, que haya sido adquirido en virtud de una ley que haya obrado dentro de los límites de su competencia.

b) en segundo término, que no haya sido adquirido en virtud de una ley extranjera con la finalidad de eludir las disposiciones de la ley local (excepción de fraude a la ley).

Por tanto, parte de la base de que *dentro* del territorio del Estado, las leyes extranjeras –en sí mismas, como *corpus* normativo- no pueden tener vigencia o aplicación judicial. A veces, incorrectamente, se dice que hay que aplicar tal o cual ley extranjera, pero no es así, es imposible aplicar una ley extranjera ya que ésta carece de vigencia más allá de los límites en que se ejerce la soberanía del Estado que la dictó, y debido a que los Estados jamás tolerarían, sin desmedro de su soberanía, la vigencia de una ley extranjera dentro de su territorio. Sólo por cortesía o por justicia, puede llegar a tolerarse la vigencia *de los derechos subjetivos adquiridos* por los particulares al amparo de la ley extranjera. No la ley extranjera sino los derechos subjetivos creados a su amparo.

La crítica más frecuente que se le ha hecho es que admite la eficacia extraterritorial de la ley extranjera, pero no de la ley misma y esto es imposible: reconocer un derecho adquirido en virtud de una ley extranjera es admitir, implícitamente, la ley que lo ha creado. De lo contrario, cabría la incongruencia de

un derecho subjetivo sin un Derecho objetivo que lo sustente y respalde. La propia frase *"debidamente adquirido"* está confirmando la necesidad de averiguar cuál fue la ley que se aplicó, con el objetivo de constatar que su adquisición fue legítima.

El americano Beale retomará esta teoría, perfeccionándola de alguna manera, y considerándola el pilar fundamental de su sistema de derecho internacional privado en Norteamérica.

## JOSEPH BEALE

Las ideas de Dicey fueron tomadas en consideración por el *Primer Restatement* del *American Law Institute*, del cual Beale fue su redactor. Pero éste y la Escuela de Harvard le dieron una concepción diferente a la noción de los derechos adquiridos, intentando eludir las críticas de las que fue objeto.

Joseph Beale partió del principio de que el Derecho internacional privado trata de la aplicación de las leyes en el espacio. Entonces, es esencial que se proceda ante todo, a la delimitación del campo de aplicación espacial de cada ley. Proclama entonces, el principio territorial: no existe otra ley que la ley territorial y ella no puede hacerse valer *proprio vigore* -como ley- fuera de los límites estatales. Si la ley es territorial, entonces el juez no podrá jamás aplicar una ley extranjera y, si es así, ¿cómo es posible que en ciertos casos el tribunal aplique el Derecho extranjero? Ello ocurre porque existe un principio admitido en todos los países civilizados, según el cual, los derechos adquiridos deben ser protegidos y, en consecuencia, en cada Estado deben reconocerse los derechos adquiridos en cualquier lugar. El tribunal no aplica jamás, entonces, una ley extranjera, sólo reconoce los derechos y obligaciones creados bajo el imperio de esta ley. Hasta acá es la teoría de Dicey.

Pero Beale se dio cuenta que, entre la aplicación de una ley extranjera y el reconocimiento de los derechos adquiridos bajo su autoridad no había más que una diferencia de términos. Entre una ley y un derecho –dice Wigny- no hay más diferencia que de lo abstracto y lo concreto. Sostiene, por tanto, que *el derecho adquirido no es un derecho sino un hecho ocurrido en el extranjero*. El derecho adquirido no es reconocido como tal sino *como un simple hecho*. Así como no puede negarse la existencia del Capitolio, como edificio, tampoco puede desconocerse la existencia de un matrimonio celebrado en el extranjero, pero sólo se tratará del reconocimiento de un hecho, despojado éste, de todo carácter o relevancia jurídica.

El propio Beale afirma que, desde el punto de vista jurídico, todos los derechos deben ser creados por una ley. Un Derecho es un producto artificial y no un simple hecho natural, ningún Derecho existe en estado de naturaleza. Sin embargo, fuera de fronteras se le reconocerá como un hecho y, por tanto, quienes pretenden haber adquirido un derecho en virtud de tal ley, deben probarlo.

*Y será el foro, el que decidirá qué efectos le reconocerá a ese hecho.* Por lo cual, esos efectos no tienen porqué coincidir necesariamente con los adjudicados en el Estado de origen. En principio coincidirán, excepcionalmente no. Sólo podrán negársele efectos cuando haya sido adquirido con vista a eludir o a defraudar le ley nacional, cuando sea dañoso, constituya un mal ejemplo, o sea contrario al orden público, o a las buenas costumbres.

Cuando un Derecho invocado se basa en una decisión extranjera, esa decisión debe haberse dictado por un tribunal competente según las reglas de competencia internacional de la *lex fori*. Entra en juego entonces, la noción de competencia, *de jurisdiction.* Únicamente serán reconocidos por los Estados extranjeros aquellos derechos adquiridos en un Estado que haya tenido competencia: para cada situación

sólo existe un Estado cuyo Derecho interno puede aplicarse y únicamente ese Estado será el competente. Y, como corolario, sólo hay una ley a aplicar (por su carácter territorial). Si coexistieran dos leyes al mismo tiempo y en el mismo lugar, respecto del mismo tema, sería la anarquía. Por su propia naturaleza la ley se aplicará a todo lo que exista sobre su territorio. Para el caso de actos de creación sucesiva, y cuando esto ocurre en varios Estados, se considerará competente el Estado que haya intervenido en la creación del último acto necesario para la existencia de ese derecho u obligación.

En resumen su teoría se basa en estos cuatro principios:

1) la ley es de aplicación territorial estricta;

2) los derechos adquiridos de conformidad con la ley internacionalmente aplicable deben respetarse;

3) el derecho adquirido en el extranjero es considerado como un hecho por el juez del foro;

4) únicamente el Estado que tenga competencia podrá establecer cuáles derechos serán reconocidos.

### Crítica a la teoría de los derechos adquiridos ( o ***vested right theory***)

Se ha criticado cada uno de los cuatro pilares sobre los que se basa la teoría de Joseph Beale.

En primer lugar -y como el argumento más fuerte- se ha dicho que su teoría se basa sobre una concepción errónea de la territorialidad: confunde la fuerza obligatoria que tiene la ley extranjera dentro de su propio territorio, proporcionada por el Estado que la dictó, con la pérdida de juridicidad de la norma. Cuando hay necesidad de aplicar extraterritorialmente una ley extranjera, el Estado que la dictó no puede imponer su poder coactivo en el territorio de otro Estado sino que debe exhortarle o rogarle al Estado ajeno, a que reconozca la aplicación de la ley del primero en el territorio del segundo. Pero esto no tiene nada que ver la con la juridicidad de la norma, ésta sigue siendo tan jurídica en el Estado de origen como en el Estado receptor de la misma, el paso de una frontera no le hace perder a la norma –a la ley como su expresión más frecuente- la calidad de norma jurídica, de norma de Derecho. Beale confunde, por tanto, las nociones de fuerza obligatoria que se pierde más allá de las fronteras con la de aplicabilidad de la regla de derecho material la cual, no pierde su naturaleza jurídica.

En segundo lugar, la teoría de Beale parece introducirnos dentro de un círculo vicioso: no pueden existir derechos adquiridos *proprio vigore*, por su propia fuerza, sino que la creación de un derecho subjetivo debe estar respaldado en un Derecho objetivo, por tanto, por más vueltas que se de siempre necesitaremos averiguar bajo qué Derecho (objetivo) fue creado y reconocido ese derecho (subjetivo). Aparece como algo totalmente arbitrario admitir que el Estado receptor pueda evaluar la fuerza y extensión, y la propia existencia de ese derecho subjetivo de acuerdo a sus propias pautas, pues ello significaría negar la existencia de un derecho "adquirido", en cuanto se estaría creando un nuevo derecho de acuerdo a las concepciones del foro, sin un correlato estricto con el derecho original, pues ello nos conduciría eventualmente a la situación de "reconocer" en el foro, derechos "constituidos en el extranjero", cuando ello jamás ocurrió.

En tercer término, si una teoría pretende ser general jamás puede basarse en un solo pilar, en un solo criterio fundante, y eso es lo que ocurrió con la teoría de Beale, quien sólo ve derechos adquiridos y no derechos que necesitan crearse ahora y en este momento. Ese único pilar también se basa en la determinación de la competencia internacional, que para Beale debía ser necesariamente única. Existen situaciones demasiado complejas que ameritan la posibilidad de abrir el abanico de posibilidad para acceder a varios tribunales, de acuerdo a los intereses de la parte actora.

Si bien Beale consideraba que su teoría era fácil de aplicar, en cuanto a que sus basamentos rígidos, únicos y exclusivos, otorgaban certeza jurídica, previsibilidad y uniformidad de soluciones; en un mundo complejo como en el que vivimos hoy, se presenta como inadecuada y demasiado mecánica. Apartada entonces, del enfoque americano de la solución judicial de los casos, como se veía en las otras ramas del Derecho.

## DAVID CAVERS

### *(La búsqueda de la justicia material en el caso concreto)*

David Cavers trabajó sobre el plano metodológico, y en un artículo hoy de trascendencia internacional, publicado en la *Harvard Law Review,* titulado *A critique of the choice of law problem*[10]*,* consideró que había que volver a los orígenes, no acerca de la aplicación de la ley extranjera, en cuanto no aborda específicamente este problema, sino sobre el plano del método de solución de los conflictos de leyes.

**1933.** ***Artículo publicado en la Harvard Law Review.***

Cavers se preguntaba por qué los tribunales americanos sometían los problemas de derecho internacional privado a un método diferente del que se seguía en las demás ramas jurídicas. En éstas, el juez siempre procede a un análisis caso por caso, según el método clásico del *common law.* En cambio en el derecho internacional privado se recurría a reglas dogmáticas, rígidas, que no permitían una solución particularizada de los problemas de acuerdo a la tradición anglosajona. Estas reglas de conflicto clásicas hacen depender la solución del litigio de un punto de conexión determinado legalmente, el cual puede no ser adecuado a la realidad que presenta el caso litigioso en cuestión. Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, el juez sólo tiene en cuenta un único factor: el sitio donde ocurrió el hecho y declara competente a la ley de ese lugar sin proceder a la investigación de otras causas y conexiones que también pueden ser importantes. Por tanto, consideraba a las reglas de conflicto clásicas de la época –estamos hablando de los años 30- como reglas rígidas y autoritarias, que no autorizaban a tomar en consideración las dimensiones particulares de la situación sino que había que atenerse a los límites determinados por un único factor de conexión. Crítica a la que no le faltaba pertinencia.

Cavers explica esta postura del primer Derecho internacional privado americano a razones puramente históricas. El desarrollo creciente del comercio entre las colonias, y entre ellas con Estados extranjeros, provocó la aparición de numerosos litigios de Derecho internacional privado. Como los tribunales no disponían de ningún precedente para resolverlos, acudieron a la obra de juristas europeos afines por razones de idioma y sobre los cuales habían tenido conocimiento por el Tratado de Story. Para él ahí se sitúa el nudo del problema. Las reglas de conflicto importadas eran extrañas al espíritu del *common law,* ellas eran *jurisdiction selecting rules:* reglas que tienen por objeto determinar la *jurisdiction,* el orden jurídico competente. Eran normas únicamente distributivas de competencia, que no necesitaban adentrarse en el contenido de las leyes involucradas. Las soluciones ideadas por Beale con posterioridad, e incorporadas al primer *Restatement,* reforzó la rigidez de las soluciones, al imponer la necesidad de una competencia única en cuanto a la ley aplicable y en cuanto al magistrado competente.

---

[10] Cavers, David. *A critique of the choice-of-law problema.* Harvard Law Review. 1933. XLVII. No. 2. p. 173, y también en Selected Readings, p. 124.

Acuñó un calificativo que ha trascendido fronteras: los tribunales eligen las leyes ciegamente, "a ojos cerrados" (*blinfold test)*, de una forma puramente mecánica. Se trataría de un método que conduce a resultados ciegos, sin tener en cuenta las consecuencias materiales que llegan a alcanzarse con la aplicación de uno u otro Derecho. Sería afortunado aquel litigante que pudiera resolver el litigio mediante este instrumento mecánico –la regla de conflicto clásica- y llegar a una ley satisfactoria desde el punto de vista sustantivo. Cavers quiere reformar el método para hallar la ley adecuada desde el punto de vista sustantivo, al caso concreto, y considera que hay que dar una serie de pasos para culminar en una decisión judicial correcta y satisfactoria.

En primer lugar, como siempre ocurre –tanto en el sistema romano-germánico como en el del *common law*- hay que examinar minuciosamente los hechos litigiosos, determinar sus características, sus diferentes perfiles.

En segundo lugar, hay que desechar la contemplación de puntos de contactos únicos para cada categoría jurídica. Si una relación privada internacional es tal en virtud de las conexiones que guarda con varios ordenamientos jurídicos (por lo menos con más de uno), no se ve razón alguna de peso, que impida tomar en cuenta a todos los puntos de contacto presentes con las diversas legislaciones -domicilio, situación de un bien, lugar de celebración o de cumplimiento de un contrato- pero aún así, su postura no se limita a abrir el abanico a los puntos de conexión que indique el caso concreto, sino que esos puntos de conexión nos vinculan, en definitiva, a leyes sustantivas, de las cuales hay que seleccionar la mejor, la más adecuada, la más justa.

Tercer paso a dar: el tribunal competente será quien determine entre esos elementos de localización, aquél o aquellos que son los más pertinentes. Más que una regla de conflicto con puntos de conexión múltiples deberíamos ver en la solución metodológica de Cavers, un conflicto entre los contenidos de las leyes sustantivas para seleccionar la mejor. Lo que hay es un antagonismo concreto de reglas materiales. El verdadero problema del conflicto de leyes radica en la oposición de las soluciones materiales de las leyes conectadas.

Se prescinde entonces, de regulaciones automáticas, mediante reglas de conflicto puramente distributivas, que sólo aspiran a localizar la relación bajo un ordenamiento jurídico nacional, sin preocuparse si éste tiene una solución buena o mala para el caso, tendiendo entonces, a lo que los especialistas denominan la búsqueda de la justicia puramente formal. La postura metodológica de Cavers es inversa: el fin debe ser llegar a un resultado apropiado al caso desde un punto de vista sustantivo (la justicia sustantiva del caso concreto), y por tanto, intransferible. Él no zanja un conflicto de leyes sino que busca una elección de resultado, compara soluciones.

Es indudable que la tesis de Cavers implica una profunda renovación metodológica. Su método fue muy criticado más allá del Atlántico, en la Europa continental, donde los doctrinos se preguntaban con pertinencia qué debemos entender por "justicia material"; y además si dado el caso no podrían llegar a entrar en conflicto más de una justicia sustantiva: la protección del débil, la protección del interés general, la protección de los terceros de buena fe, etc. No hay un parámetro que pueda plasmarse en forma de ley sobre lo que debe entenderse por justicia sustantiva, ya que esta última dependerá de las contingencias del caso y *sobretodo de la formación cultural, religiosa, política y social del juez,* y por qué no, de sus prejuicios. Si bien de esta manera se produce un retorno a la naturaleza del *common law*, puede caerse en

la más absoluta impredecibilidad de cómo será resuelta la contienda, porque la decisión se hará pesando y evaluando soluciones legales sustantivas de acuerdo a los criterios personales del juez. Indudablemente el método se adecua a las características del *common law*, pero se gana en una falta de certeza jurídica que puede atentar contra el Estado de Derecho. Esta debilidad fue querida conscientemente por Cavers, pues consideraba que si se tenía que elegir entre la certeza jurídica y la solución equitativa del litigio, debía optarse por la segunda, pues había que buscar soluciones humanas, que es el argumento más rescatable de su método.

**1965. *Curso en la Academia de La Haya.***

En 1933 Norteamérica se encontraba en plena marea realista y Cavers no fue ajeno a esa influencia, incluso podríamos decir que la catapultó a su máxima expresión dentro del Derecho internacional privado al crear su método, aun cuando admitía con cierto desgano que era posible que la práctica jurisprudencial constante podía llegar con el paso del tiempo, a la formulación de nuevas reglas de conflicto más adaptadas a la realidad.

Sin embargo, su postura cambia treinta años después, cuando en el año 1965 fue invitado por la Academia de Derecho Internacional de La Haya a dictar un curso. Sorprendentemente se declara un "realista fatigado", al afirmar que los conflictos de leyes son poco numerosos y se interroga si realmente vale la pena dedicar tanta energía para resolverlos. Aunque siguió rechazando las reglas de conflicto tradicionales y mantuvo su posición de que la elección es entre soluciones materiales y no entre *jurisdictions*, su metodología varió considerablemente al considerar que en cada ordenamiento jurídico deben existir "principios de preferencia" para evitar los tribunales resuelvan los litigios de Derecho internacional privado caso a caso, según la inspiración del momento, sin adoptar una línea de conducta uniforme. Por ese motivo invita a los jueces a inspirarse en los precedentes con el objetivo de extraer ciertas guías de conducta para los tribunales que tengan que resolver otros casos similares en el futuro. Estos "principios de preferencia" nacen del trabajo judicial, no constituyen una emanación del Parlamento, y no son propiamente reglas de conflicto al estilo tradicional, si bien la proximidad es bastante fuerte.

En primer lugar, hay que aplicar las reglas de Derecho escritas; en segundo término, la elección se mantiene en cuanto a dar importancia a los contenidos de las normas conectadas al caso judicial; y en tercer lugar, el principio de preferencia debe permitir acceder a una solución justa del litigio en cuanto a los intereses estatales involucrados y en cuanto a la necesidad de obtener un resultado particular equitativo. Su cometido sigue siendo no localizar la relación sino obtener el resultado más satisfactorio.

## BRAINERD CURRIE

### (*El análisis de los intereses gubernamentales)* [11]

Currie propuso sí, una nueva teoría de Derecho internacional privado; su influencia en Norteamérica ha sido muy poderosa, a pesar de que murió a los 50 años de edad. Currie propuso una metodología que se basa en la *lex fori* por un lado, y en el análisis de los intereses gubernamentales, por el otro.

[11] Hill Kay, Herma. *A defense of Currie's governmental interest analysis.* Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. 1989. 215. III. p. 9-203.

Parte del examen del fallo *"Walton vs. Arabian American Oil Co."*, originado a raíz de un accidente provocado por la negligencia de un encargado de la empresa demandada, que era una sociedad americana. La regla de conflicto aplicada por el tribunal americano era la *lex loci delicti commisi*, pero ocurrió que en Arabia Saudita no había ninguna ley que le diera derecho a la reparación. En consecuencia, el tribunal rechazó el pedido de indemnización.

Esta solución le pareció absolutamente inaceptable y comienza por afirmar la competencia de principio, de la *lex fori.* Si examinamos el caso sobre la base de los principios más elementales de la responsabilidad civil vigente en los países occidentales afirmaba el doctrino, la demandada sin duda alguna era responsable del accidente. Por ello Currie -con la finalidad de evitar la producción de situaciones similares- propuso que la ley del foro debe declararse siempre competente. Por tanto, el tribunal resolverá el litigio acudiendo siempre a la ley del foro en tanto que una de las partes no haya demostrado que otra ley tenga interés en ser aplicada. Se aplicará siempre la *lex fori*, aunque no tenga ningún título para aplicarse.

Para Currie los conflictos de leyes no son otra cosa que conflictos de intereses. Supone que para que aparezca un conflicto de leyes tiene que ocurrir:

a) por un lado, que varios Estados tengan interés en ver aplicada su propia ley al caso litigioso; y

b) por el otro, que sus respectivos intereses se hallen en conflicto.

Consideró que los intereses estatales deben ser evaluados con moderación y reserva, y el foro debe tener en cuenta que la adopción de una definición muy egoísta puede crear un serio conflicto de intereses. Para ello distingue entre verdaderos y falsos conflictos o problemas.

No puede afirmarse que exista un verdadero conflicto de leyes cuando:

- la situación litigiosa se conecte a varios Estados pero sólo uno de ellos tenga interés en regir la situación; o
- cuando los intereses respectivos no sean incompatibles sino convergentes. En estos casos nos encontramos ante un falso conflicto de intereses.

¿Cómo puede determinarse si un Estado tiene interés en ver aplicada su propia ley? La respuesta a esta cuestión comporta dos fases.

En primer lugar, el tribunal deberá buscar detrás de las leyes, la *policy* o política que el Estado pretendió promover a través de las mismas, por ejemplo, favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, favorecer al asegurado, etc. Es evidente que ello implica un trabajo de interpretación. El problema es que las leyes no siempre establecen la política o *policy* que buscan promover, muchas veces lo consignan en el Preámbulo, pero no siempre ocurre. Si esos intereses gubernamentales no han sido claramente expresados en la norma, entonces tribunal deberá buscarlos recurriendo a los datos científicos disponibles, así como a todos los procedimientos de interpretación susceptibles de ser utilizados.

Luego de precisada la política o *policy* subyacente en la norma, el magistrado deberá investigar si el vínculo con el Estado y los sujetos involucrados es tan fuerte como para pensar que dicho Estado tiene interés en aplicar su propia ley.

Si el juez descubre que uno de los Estados tiene un interés en aplicar su *policy* al caso concreto, y que ninguno otro lo tiene, aplicará la ley del único Estado interesado. No habrá conflicto, pues estaremos ante lo que el define como un falso conflicto.

Si por el contrario, el tribunal descubre la existencia de un conflicto de intereses entre esos Estados, aconseja volver a considerar la cuestión, porque puede suceder que interpretando con más moderación la *policy* o interés gubernamental de cada Estado, pueda llegarse a una solución armónica donde todos los intereses puedan ser satisfechos.

Si luego de haber estudiado la cuestión el juez ve que es inevitable un conflicto entre los intereses legítimos de los dos Estados, donde uno debe prevalecer y el otro debe ser sacrificado, aplicará la ley del foro –y su *policy*- si éste está interesado. En última instancia, cuando un conflicto de intereses resulta inevitable y el foro no está interesado en aplicar su política –o sea que estamos ante lo que denomina un "Estado desinteresado"- el tribunal aplicará igualmente la *lex fori*, si abstenerse de juzgar conduciría a una denegación de justicia y siempre que el Estado del foro si bien no está interesado se halla vinculado con el caso.

Currie abandona totalmente entonces la regla de conflicto, en tanto llega a determinar el campo de aplicación de las leyes a través de un procedimiento de interpretación de sus objetivos, de sus políticas, de sus *policies.* En su teoría no se realiza una elección entre varios órdenes jurídicos sino entre varias reglas de Derecho material, entre las cuales puede existir un conflicto.

Indudablemente que su teoría ha tenido críticas muy severas: no es tarea fácil determinar las políticas subyacentes en todas las normas, a veces puede ocurrir que persigan varios objetivos sin darle preferencia a alguno en particular. Currie no ha tenido en cuenta que muchas veces las *policies* no necesariamente emanan de la propia regla jurídica sino del sistema jurídico en su conjunto.

Si la búsqueda de la *policy* ha tenido éxito, la siguiente etapa ha de consistir en determinar si respecto del hecho litigioso, esta norma tiene interés en aplicarse. Si bien Currie habla de los "intereses estatales" en ver aplicadas sus normas en base a sus *policies*, no se está refiriendo una concepción publicista del derecho internacional privado, entendido como aquella rama del Derecho que resuelve conflictos de soberanías, sino más bien el interés de los Estados por fomentar determinadas políticas respecto de las situaciones puramente privadas. Se trata de una concepción privatista y no publicista. La aplicación de ese "interés" debe estar justificada en cada caso. Por otro lado, su teoría sufre de una falta de previsibilidad que hace difícil usarla en una perspectiva no litigiosa.

## **LEFLAR**

### **(*Enfoques más que reglas y atención a los factores influyentes*)**

Comparado con los otros métodos, el de Leflar es relativamente simple de aplicar, y que no propuso propiamente un método sino una serie de *enfoques* (*approaches)* o puntos de vista, que deben guiar a los tribunales en la determinación de la ley aplicable, y que le permitirían a los tribunales llegar a una solución más racional pero también más razonada de los problemas de Derecho internacional privado. En definitiva, obtener una solución más adaptada a las dimensiones particulares del caso. Pero estas consideraciones que él plantea sólo serán aplicadas en cuanto no exista una ley.

¿Cuáles son esas consideraciones? Sorprendentemente son: la previsibilidad de resultado, en cuanto las partes tienen que tener certeza de que una operación jurídica tendrá las mismas consecuencias socio-económicas cualquiera fuere el Estado en el que se presente el litigio. Y decimos que es sorprendente,

porque de acuerdo a esta premisa, el pensamiento de Savigny, tan cuestionado por los realistas, ha resucitado.

Y adoptando otra premisa savigniana, consideró que debe buscarse la armonía en las relaciones tanto internacionales como interfederales evitando una preferencia injustificada por la ley del foro, y favoreciendo el tránsito de la relación privada internacional y por ende, del comercio internacional. .

Realizando una especie de *mixing* o mestizaje, propugna que el juez se maneje con reglas claras y simples, cercanas a la realidad. Si hay interés gubernamental serio a defender, éste deberá ser tomado en consideración. Fuera de estos casos excepcionales, el magistrado deberá preocuparse por aplicar la mejor regla material desde un punto de vista socio-económico. Hanotiau considera que la teoría de Leflar es compatible con la de los conflictos de leyes, propugnando una mayor flexibilidad de parte de estas últimas.

## WILLIS REESE

### *(El Segundo Restatement)*

Como relator del segundo *Restatement,* el pensamiento de Willis Reese -profesor de la Universidad de Columbia- no puede ser omitido. Consagró 17 años de su vida a su preparación. Su idea central estuvo en la búsqueda de la seguridad jurídica. Participó de las críticas al primer *Restatement,* pero no pide la supresión pura y simple de dichas reglas, ni aún de toda *jurisdictional selecting rule.* Considera que es imprescindible el planteo de ciertas reglas para obtener certeza jurídica. Piensa que deben elaborarse reglas que sean el reflejo de las *policies,* cuya promoción se vuelva indispensable para resolver el tipo de problema que se presenta.

Aconseja a los tribunales abandonar la prisa por elaborar reglas de conflicto y a trabajar laboriosamente para desembocar en un resultado más tangible. Por tanto, habrá que determinar cuáles son las *policies* cuya promoción sea indispensable en el caso en cuestión, y en general, en cada categoría de problemas. La aplicación de la regla del Estado cuyo interés aparezca más conectado con el problema litigioso sólo será uno de los intereses a tomar en consideración. Esa tarea de determinar la *policy* subyacente detrás de cada categoría jurídica puede llevar algún tiempo de reflexión, luego del cual podrán visualizarse tendencias, el predominio de determinadas *policies,* en base a las cuales habrá que actuar. Y como condensación de la tarea, será posible elaborar una regla de conflicto más adaptada a la realidad.

En la nueva concepción, los conflictos de leyes son concebidos como conflictos de intereses y deben ser resueltos según un procedimiento funcional, analizando los objetivos generales de Derecho internacional privado y, en particular, los objetivos que subyacen en toda regla material. Se trata de una teoría que ha esforzado en aproximar el Derecho internacional privado considerado clásico -producto de las enseñanzas de Savigny- con el nuevo derecho internacional privado casuista, jurisprudencial, que busca la flexibilidad y la adaptabilidad al caso concreto.

# CAPÍTULO 3
# EL ISLAM

## Introducción

¿Qué es el Islam? ¿Una religión, una región, Estados-naciones, una cultura? Islam significa muchas cosas, pero lo que nos interesa en este momento es examinar la religión como sistema político y jurídico. Utilizamos la expresión Islam con una cierta laxitud porque nuestro objetivo es el análisis de los sistemas jurídicos musulmanes, los cuales se extienden desde el Lejano Oriente, como Malasia, hasta las costas africanas del Atlántico, como Mauritania. Todos ellos aceptan las enseñanzas del Islam como sistema jurídico y político, aunque con mayor o menor intensidad.

A través de 14 siglos de su historia y sobre la inmensidad de ese espacio, el Islam ha conocido las más diversas interpretaciones y en su nombre se han ejercido las políticas más variadas. En el Islam hay tres grandes ramas: la sunnita, la chiíta y la kharidjita.[12] Dentro de la rama sunnita hay cuatro escuelas o ritos: la hanafita[13], la malikita[14], la chafeita[15] y la hanbalita[16]. En cuanto a la rama chiita, ésta es partidaria del cuarto califa Alí, yerno de Mahoma. En base a lo expresado, no puede hablarse de un Islam único a lo largo de la historia y de la geografía, sino de diferentes Islam. Hablar del Islam, entonces, no es hablar de algo uniforme y llano, sino de diversas vertientes con diferentes interpretaciones de los textos sagrados. Como en toda religión, las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de los textos sagrados ha suscitado consenso, pero también disensiones muy importantes, lo cual ha generado rupturas inconciliables. La historia del Islam está tejida de divisiones y de cismas, como también ha ocurrido con las iglesias cristianas.

## Ordenamientos plurilegislativos basados en la fe religiosa

Pero antes de ingresar al estudio del Islam como un cuerpo jurídico –que lo es- debemos ingresar a examinarlo dentro de la organización política de los Estados. Como puede observarse, la realidad muestra que hay Estados unitarios, como Uruguay. ¿Qué significa ser un país unitario? La presencia de un solo poder político, de una única legislación centralizada, de la concepción del país como un todo uniforme.

Hay también, países plurilegislativos, los cuales a su vez pueden dividirse en países plurilegislativos de base territorial y los de base personal. Así como existen Estados que admiten la vigencia de varios ordenamientos jurídicos en parcelas de su territorio, como los Estados federados o confederados (Argentina, Brasil, Canadá, los E. U. de A.), también la plurilegislación puede ser de carácter personal.

---

[12] Se trata esta última, de una rama separada de los sunníes y chiíes, al considerar que cualquier persona podía ser sucesor de Mahona si contaba con las aptitudes para ello, y al abogar por conocer los textos sagrados sin intermediarios. Es extremadamente rigorista, proscriben el alcohol, el juego, el lujo, etc. Situaciones semejantes se han presentado en las iglesias cristianas.

[13] Fundada por Hanifa en Kufa, Irak, quien fue el primero en exponer de manera sistemática la ley divina, creó un grupo de trabajo el cual luego de 22 años produce una compilación. No recurrió a todos los *hadiths* sino a aquellos más creíbles, y recurre mucho al razonamiento por analogía.

[14] Fundada por Malik, medinense, lugar donde vivió toda su vida. Da más importancia a la costumbre de Medina y a todos los *hadiths,* y tiene menos interés por la analogía.

[15] Fundada por Chafei, nacido en la franja de Gaza, Palestina, pero vivió largo tiempo en La Meca y luego en Medina, intentando conciliar las dos escuelas anteriores.

[16] Fundada por Hanbal nacido en Bagdad, limitó el consenso de los juristas a aquellos que hubieran vivido efectivamente durante la vida del Profeta.

Europa ha tenido que profundizar el estudio de esta clase de ordenamientos debido al inmenso aluvión de inmigrantes que ha recibido y sigue recibiendo, proveniente de los países musulmanes. En tal caso, la fragmentación del sistema jurídico estatal se opera en base a la calidad de la persona, generalmente tomando en cuenta su religión. En ambas hipótesis, Estado cuyo Derecho es indicado como aplicable necesita tener una regla de conflicto propia para operar *una segunda distribución* –la primera ya fue realizada por la regla de conflicto al considerar aplicable a la relación privada internacional la ley de determinado país- dentro de las colectividades que viven en su interior, la cual en lugar de ser interterritorial es interpersonal (por su raza, etnia, idioma o fe religiosa). Y ello es debido a que los Estados que han adoptado el Islam como religión oficial, han permitido la vigencia dentro de sus territorios, de colectividades que profesan otras confesiones religiosas, lo cual ha convertido a los países islámicos en países pluriconfesionales donde impera la tolerancia religiosa. Esta realidad ha obligado al jurista occidental a profundizar sus conocimientos, con el objetivo de que la situación problemática abordada tenga una solución final. Ello conduce a una consecuencia muy importante: que no es posible dividir la aplicación del Derecho por zonas, por territorios, porque quien profesa ideas religiosas diferentes a las mías, vive en la casa de enfrente, o en el casa de al lado, lo cual vuelve imposible la aplicación de un Derecho de base territorial.

La presencia de Estados plurilegislativos –de base personal o territorial- crea algunos problemas de aplicación del Derecho. Por ejemplo, si no nosotros tenemos una regla que nos dice que "la capacidad se regula por la ley del domicilio" esta regla será efectiva *prima facie,* si estamos ante un país unitario como Uruguay, en cuanto se aplicará la ley uruguaya. Pero ante un Estado plurilegislativo no puede funcionar una regla tan sencilla como ésta. Porque el concepto de domicilio en derecho internacional privado –o para las relaciones internacionales- es el país entero, y si el Estado no es unitario, no podemos encontrarle un Derecho aplicable a la referida relación, en cuanto en el país designado se hallan vigentes varios ordenamientos jurídicos. Necesitaremos entonces, una regla del propio ordenamiento jurídico designado –o producto de un Tratado internacional- la cual volverá a realizar una tarea de distribución de la relación privada internacional, pero esta vez *dentro de su territorio*. En suma, tanto en un Estado plurilegislativo de base territorial como en uno de base personal, será necesario realizar una doble distribución: la internacional para determinar el Derecho estatal aplicable a la relación privada internacional, y la interna llevada a cabo por el orden jurídico competente –de base territorial o personal- quien realizará la calificación y el reparto definitivo.

Puede haber una dificultad agregada a esta última situación: ¿quién dice cuál es la ley divina aplicable y quién la sanciona en caso de desobediencia? Puede acontecer que cada grupo tenga una facultad legislativa propia o, pero en algunos países la ley divina es interpretada por el poder central para todas las religiones aunque respetando las características de cada una, pero será aplicada por los Ministros de culto de cada religión. En otros –los más- la ley divida es interpretada y aplicada en forma independiente por cada Ministro de cada religión. Pero en esencia, cada Ministro aplicará *única y exclusivamente* las reglas de su propio Derecho (religioso), en cuanto un Ministro de fe católico (un cura) no podrá aplicar las reglas religiosas de los Santos de los Últimos Días, Iglesia creada por John Smith, o uno musulmán no podrá aplicar las reglas de fe de los armenios ortodoxos. Se produce entonces, algo muy interesante: el necesario paralelismo entre *forum* y *ius.*

En la hipótesis de los conflictos interpersonales, que son los que en este momento nos interesan, conviene distinguir entre aquellos Estados en los cuales se ha establecido un privilegio a favor de la religión oficial musulmana (por ejemplo, en Egipto, Irak o Siria), y aquellos otros multicomunitarios, donde el Estado guarda una actitud de neutralidad ante los diferentes estatutos reconocidos (es el caso de El Líbano, donde existen 17 confesiones reconocidas, ubicadas todas en un mismo pie de igualdad)[17].

El problema que se presenta cuando el Estado es plurilegislativo de base personal y de entonación multiconfesional, es el de los casos mixtos, cuando las partes pertenecen a diferentes confesiones, cada una con su propio Derecho. Las soluciones habrán de depender de la regulación que realice al respecto cada Estado plurilegislativo involucrado, lo cual puede conducir o no a una discriminación entre las diferentes soluciones personales internas.[18]

La jurisdicción y el privilegio de religión. Podríamos agregar algunas consideraciones más. "En derecho interno libanés el estatuto personal deriva de la ley religiosa. Pero para el juez libanés competente de una situación internacional, el vínculo religioso no puede fundar directamente, la competencia jurisdiccional o la competencia legislativa. En El Líbano, el extranjero proveniente de un país laico es justiciable por los tribunales civiles, y sometido a su ley nacional laica, aún si es miembro de una de las comunidades religiosas reconocidas.

Esta solución se separa netamente del privilegio de religión consagrado en la mayor parte de los países musulmanes. En estos países, el extranjero queda sometido a su ley nacional, salvo que sea musulmán: por ejemplo, el turco, el tunecino, el inglés o el italiano, desde el momento en que ellos son musulmanes o convertidos al Islam, quedarán sometidos a la ley musulmana.

La solución libanesa igualmente se separa de la solución retenida por el derecho internacional privado israelí, que en el caso es similar a la solución de los países musulmanes: en materia de matrimonio y de divorcio, la ley israelí somete a los judíos -sean ciudadanos israelíes o extranjeros residentes en Israel- a

---

[17] Durante el año 1930 se promulgó en El Líbano un Decreto-Ley donde el art. 33 redujo la competencia de los tribunales religiosos (cristianos, musulmanes e israelitas) que desde tiempos antiguos venían entendiendo de los asuntos relacionados con el estatuto personal y dándoles un cierto privilegio a los tribunales musulmanes frente a los cristianos. Luego de un período de protestas se aprobó la ley de 2 de abril de 1951, donde se hizo una referencia expresa a las once confesiones religiosas presentes en ese momento: maronita, griegos ortodoxos, griegos católicos, armenios ortodoxos, armenios católicos, siríacos ortodoxos, siríacos católicos, caldeos nestorianos, caldeos latinos, evangelistas e israelitas. El objetivo fue conceder a los tribunales confesionales las mismas facultades que tenían los tribunales cheránicos musulmanes en las cuestiones sobre: matrimonio, validez y anulación, paternidad, legitimidad de los hijos, patria potestad, adopción, alimentos y demás cuestiones comprendidas en el estatuto personal. Uno de los proyectos de la mencionada ley establecía que: "La Comisión hubiera deseado que los tribunales ordinarios recuperaran todas las facultades de los tribunales cheránicos y confesionales, en cuanto no afectare los dogmas religiosos, con el fin de poner término a las diferencias que separan y alejan los distintos elementos de la nación, máxime cuando la ampliación de las facultades de los tribunales confesionales conduce a hacer de los libaneses justificables de tribunales con sedes fuera del Líbano, puesto que para los marinistas los recursos se interpone en Roma, para los griegos católicas en Egipto, para los ortodoxos en Damasco, y para los armenios en Turquía. Sin embargo, las circunstancias del país no permiten aún dar semejante paso. Por ello era justo que se estableciera la igualdad entre sus distintas confesiones religiosas para que no se privase a una de lo que se le otorgó a otra".

[18] Los países islámicos se hallan divididos sobre parámetros territoriales o nacionales, generalmente son multiconfesionales y las comunidades religiosas no tienen poder legislativo. La base es la adhesión religiosa. Las regiones bajo la dominación musulmana son consideradas Tierra del Islam *(Dar al-Islam)* y fuera de ella tenemos a la Tierra de la Guerra o de los infieles (*Dar el-Harb)*, que algún día pasará a dominio musulmán y cuyos habitantes serán convertidos al Islam. La Tierra de la Guerra puede beneficiarse de un Tratado y será entonces, Tierra de Tratado. De acuerdo a sus preceptos existe la posibilidad de entrar al Islam pero *jamás* de salir de la religión adquirida por nacimiento o conversión. La apostasía se encuentra prohibida; si luego de tres días concedidos para que la persona reflexione ésta no se arrepiente será condenada a la pena de muerte; su matrimonio será disuelto; sus hijos serán sustraídos de su autoridad; su sucesión será abierta, y se le privará de cualquier derecho sucesorio ante la muerte de un musulmán. Si la apostasía es colectiva, constituirá un motivo para ir a la guerra.

la competencia exclusiva de los tribunales rabínicos y a la aplicación de la ley rabínica. Por ejemplo, el francés o el americano de confesión judía, cuando se encuentran en Israel, quedan sometidos en esas materias a la ley hebraica."[19]

En el mundo musulmán los litigios son resueltos por el cadi, cargo creado por el propio Mahoma. Luego de su muerte fueron designados por el califa o el imán, o sea por el poder político. Tenían por cometido, a la vez de gobernar los territorios conquistados, el de dictar justicia en el seno de las guarniciones militares; como dijimos, sus facultades no se extendieron a las poblaciones sometidas. Por lo común eran personas iletradas, y se apoyaban en las fuentes islámicas y en las costumbres anteriores. Luego del primer siglo de La Hégira, hay una reformulación de sus poderes, quedando restringidos a la resolución de los litigios y a funciones tales como la notarial o la protección de los incapaces, y al control del ejercicio del culto. Es importante destacar que en los litigios que se suscitaban, el reclamante podía dirigirse al cadi o directamente al poder superior: al califa o al imán.

Cuniberti anota que la civilización musulmana no tuvo necesidad de localizar físicamente la justicia en un lugar específico. No existía propiamente un tribunal con sede en un edificio preciso, sino que el cadi podía dictar justicia en la mezquita, en el mercado, o en cualquier otro lugar. Estaba asistido por un pequeño personal, y en caso de duda consultaba a los especialistas en Derecho islámico (los *muftis*), pero la decisión la tomaba él solo.[20]

Como podemos ver, no todo sistema político sigue la concepción del Barón de Montesquieu acerca de la división del poder político en tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales guardan un cierto equilibrio a través de un sistema de pesos y contrapesos, base de un sistema democrático y republicano que intenta evitar cualquier despotismo. Como veremos, tantos en los países musulmanes como en la propia China, poder político y judicial muchas veces se encuentran íntimamente conectados, interpenetrados.

La religión como Derecho. ¿Es que nosotros nunca actuamos sobre documentos religiosos? La recurrencia a la religión no debe sorprender. Habitualmente el operador jurídico se encuentra en contacto y avala documentos extranjeros basados en textos confesionales (partidas "parroquiales", constancias de divorcio o de nacimiento, etc.). A título de ejemplo, podemos citar el caso de matrimonios celebrados en el extranjero ante un dignatario religioso. Estos matrimonios son válidos si lo son según la ley del lugar de celebración (art. 2395 C. C.), aun cuando en nuestro ordenamiento jurídico –emulando la solución francesa- la única forma válida de celebrar un matrimonio sea ante un Oficial del Registro del Estado Civil.

Nuestro ordenamiento jurídico igualmente aceptará la disolución religiosa del matrimonio si en el país donde se decidió la disolución estaban domiciliados los cónyuges (art. 2396 C. C.), siempre que no ataque el orden público internacional. Por ejemplo, si la causal del divorcio es una declaración de apostasía de un integrante de la pareja puede ser una aceptación difícil de aceptar por nuestro ordenamiento jurídico, pero indudablemente choca contra un principio esencial que es el de la libertad de conciencia y de culto. Quizás no corresponda aplicar la excepción de orden público internacional con toda su fuerza y deba admitirse el divorcio pero evitará *dentro de nuestro país,* que al o a la cónyuge apóstata se le prive de los

[19] Njam, Marie-Claude. *Le droit international privé libanais, entre la réception des droits fondamentaux et lex exigences du système communautaire.*

[20] Cuniberti, Gilles. *Grands systèmes de droit contemporains.* Paris. 2007. p. 312.

beneficios patrimoniales. Puede producirse incluso un fraude a la ley, que se presenta con frecuencia cuando los esposos se pasan de una religión que prohíbe el divorcio a otra que lo admite e inmediatamente solicitan el divorcio, asemejándose esta declaración a la *professio juris* medieval en sus últimos tiempos de existencia.

La fe religiosa como punto de conexión. La segunda cara del problema es la utilización en la regla de conflicto de leyes y de jurisdicciones, de la religión como punto de conexión. La dificultad se presenta en el hecho de que la religión -la fe de un individuo- es algo muy personal, íntimo y espiritual, como para servir de base a una conexión jurídica. Se trata de algo que tiene que ver con la esencia del ser humano. Como dice Gaudemet-Tallon, "en tanto que el Derecho puede decidir imperativamente sobre la nacionalidad o el domicilio de una persona, nunca podría decidir sobre su confesión religiosa. El Derecho no tiene ningún poder sobre el elemento religioso: sólo podrá constatar su presencia o su ausencia."[21] Se plantea entonces, un problema de prueba, que podrá obtenerse por medio de certificados expedidos por autoridades religiosas, pero que en ocasiones puede volverse imposible. La profunda subjetividad de este punto de contacto ofrece pocas garantías.

Parece oportuno traer a colación la Resolución del Instituto de Derecho Internacional que aconsejando no tomar en consideración puntos de conexión de orden religioso. Su primera parte dice así:

> "El Instituto de Derecho:
> CONSTATANDO que los movimientos de población vuelven hoy muy frecuente la confrontación de leyes que emanan de culturas jurídicas diferentes, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia;
> CONSTATANDO que la oposición entre las diversas culturas jurídicas proviene especialmente de la oposición entre las doctrinas laicas y las doctrinas religiosas;
> CONSIDERANDO que la exclusión recíproca y sistemática de las leyes de diferentes culturas por medio de la excepción de orden público desconoce la exigencia de coordinación de los sistemas jurídicos;
> CONSIDERANDO que el respeto de las identidades culturales se ha convertido en un objetivo del Derecho Internacional que debe encontrar aplicación en el Derecho Internacional Privado;
> RECORDANDO no obstante, la primacía de los principios de igualdad y de no discriminación, particularmente en razón del sexo o de la religión, reconocidos por el Derecho Internacional consuetudinario y proclamado por numerosos textos internacionales universales y regionales, especialmente por los pactos internacionales de las Naciones Unidas de 19 de diciembre de 1966; la Convención de 7 de marzo de 1966 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención de 1 de marzo de l1980 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación respecto de las mujeres; la Convención de 20 de noviembre de l1989 relativa a los derechos del niño; así como por la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1969; la Convención americana sobre los derechos del hombre (Pacto de San José) de 22 de noviembre de 1969; la Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos de 27 de junio de 1981; y la Carta árabe de los derechos del hombre de 23 de mayo de 2004;
> CONSIDERANDO que el derecho de toda persona a la libertad de religión, de pensamiento y de opinión incluye el derecho a no tener religión y el de cambiarla;
> RECORDANDO su Resolución de El Cairo de 1987, sobre la dualidad de los principios de nacionalidad y de domicilio en derecho internacional privado;
> ADOPTA las siguientes disposiciones:
> A. PRINCIPIOS GENERALES:
> 1. Los Estados deben evitar utilizar la religión como criterio de conexión para determinar el Derecho aplicable al estatuto personal de los extranjeros. Ellos deberían concederles una facultad de opción entre la ley nacional y la ley de su domicilio cuando el Estado nacional sea diferente del Estado donde está situado el domicilio;
> 2. No debería oponerse la excepción de orden público al Derecho extranjero aplicable, por la sola razón de que ese Derecho es un Derecho religioso o de un Derecho laico;
> 3. Sólo debería oponerse la excepción de orden público al Derecho extranjero normalmente aplicable en la medida que, según las circunstancias del caso, su aplicación atacaría los principios de igualdad y de no discriminación y de libertad de religión."

[21] Gaudemet-Tallon, Hélène. *La désunion du couple en droit international privé.* Recueil des Cours. P. 201.

La conversión a otra religión y su incidencia sobre el Derecho. Cabe examinar asimismo, otro tipo de problema: el originado cuando la persona se convierte a una nueva religión. Esta adhesión debe tener un carácter retroactivo, ya que una de las características de la ley confesional es la de aplicarse a toda la existencia del individuo. Su carácter exclusivo le impide coexistir en el tiempo con otras leyes y reconocer actos o situaciones nacidas con anterioridad a la conversión, bajo el imperio de otra religión. "Los derechos confesionales atrapan a las situaciones jurídicas en su totalidad: pasado, presente y futuro. Cada religión, en cuanto a la búsqueda de un absoluto, naturalmente es exclusiva de toda otra: no se puede ser a la vez cristiano para el pasado y musulmán para el futuro, en tanto sí puede haber situaciones donde el individuo tenga varias nacionalidades o domicilios".[22] Como conclusión general entonces, podemos afirmar que a pesar de que Uruguay es un país laico, donde la separación entre la Iglesia y el Estado se produjo a comienzos del siglo pasado, la religión se cuela por diversas vías, lo que obliga a analizar de qué forma y cuándo debemos prestarle atención.

El conflicto que se presenta entre los países musulmanes y los países occidentales laicizados, más que un problema resultante de un conflicto de leyes o de competencias judiciales, es un conflicto de civilizaciones. El conflicto existente entre los países musulmanes y los occidentales es muy viejo, al punto que los historiadores han estimado que tiene unos 1.200 años de existencia. Si hoy vuelve a la palestra se debe al ingreso a Europa de muy importantes grupos de inmigrantes provenientes de países musulmanes, aunado al deseo manifiesto de estos últimos de asentarse definitivamente en el viejo continente, sin abjurar de sus tradiciones y creencias religiosas.

El matrimonio es una de las materias donde dentro de los países denominados musulmanes la diversidad es más evidente: en cuanto a su celebración, a los efectos y a la disolución. También es posible observar diferentes soluciones en cuanto a la igualdad o no de las diferentes filiaciones, la atribución de la patria potestad y de la tutela, la aceptación o el rechazo de la adopción. Por ejemplo, en Egipto -fiel al Islam- no conoce la adopción sino la *kafala* que es más bien una institución de protección de los menores huérfanos o abandonados pero que en ningún momento crea vínculos filiatorios. Por tanto, en dicho país únicamente los coptos pueden adoptar, pero no los musulmanes. En cuanto a las sucesiones, pueden constatarse diferencias notables en lo que respecta al orden de llamamiento, a la igualdad de los herederos por razones de sexo, o a la exclusión de algunos herederos por no pertenecer, por ejemplo, a la religión musulmana.

Desde un punto de vista occidental la cuestión la vemos muy fríamente, pero para quien la religión *es su vida,* para quien vive de acuerdo a los preceptos ordenados por la divinidad, el hecho de trasladarse a un país laico le provoca graves trastornos de conciencia, que choca contra sus principios esenciales. Es algo que generalmente no se comprende, pero que habría que comenzar por estudiar y *respetar*. La cuestión a resolver es complicada: cuando un musulmán obedece a la *Shari'a* o sistema jurídico islámico, lo hace pensando que obedece a un precepto *religioso* con un ámbito de vigencia de amplia gama, y al trasladarse a un país occidental laicizado, ante la imposibilidad de actuar conforme a su fe, tiene el sentimiento de faltar a los preceptos de su religión, lo cual le crea graves problemas de conciencia. Para un occidental lo que choca más es la concepción de la familia musulmana basada en la primacía del varón, además en

[22] Ibídem. P. 208. Considera además, que "la religión no puede ser comparada a los componentes tradicionales de la personalidad jurídica como lo son el domicilio o la nacionalidad. La religión es de otra esencia y no debe interferir con la esfera de los derecho estatales".

Occidente se pone el acento en el individualismo de los integrantes de la célula familiar, en la igualdad de sexos, en el libre desarrollo de la personalidad y en la primacía del interés del menor.[23]

Por tanto, se trata de normativas ubicadas sobre planos diferentes, difícilmente conciliables entre sí, ya que el sistema jurídico islámico impone la sumisión de la normativa humana a la divina, siendo totalmente imposible admitir la solución inversa vigente en Occidente o al menos la separación de los ámbitos entre uno y otro campo. A pesar de lo dicho, las diferentes escuelas musulmanas han encontrado recursos interpretativos que permiten dulcificar ciertas reglas y adaptar otras a los tiempos presentes. Entre las fuentes complementarias del Derecho musulmán encontramos algunas muy útiles, como la opinión de los doctores, la necesidad de alcanzar el bien, la búsqueda del interés general y los dictados de la costumbre, lo cual habilita un margen de maniobra prudente como para que se opere una coincidencia entre los textos divinos y los humanos y una mayor adecuación a la realidad del presente.

## Diferencias en el orden público internacional

Como todo sistema no unificado, los sistemas confesionales son más tolerantes en materia de orden público que los sistemas unificados. En los sistemas laicos las leyes fundamentales -a menudo ubicadas dentro de las reglas constitucionales- proclaman la libertad de conciencia y la neutralidad en materia religiosa; esta neutralidad se traduce en la práctica, en una hostilidad hacia las leyes que emanan del sistema confesional. Inversamente, el orden público confesional, al tener su fuente en la religión, es a menudo intransigente; intervendrá como un correctivo a la ley extranjera que desconozca el ideal religioso.

Entre ambos órdenes públicos existe esencialmente una diferencia de técnica jurídica que se basa en lo siguiente: una norma jurídica designada por una regla de conflicto será contraria al orden público laico sólo cuando por su contenido choque con las concepciones fundamentales del foro. La regla de conflicto ya ha funcionado y se excluye el Derecho designado. En cambio, en el sistema confesional el fundamento del orden público reside en la fuente religiosa de la regla jurídica. Es así que en el Derecho musulmán, los jurisconsultos están de acuerdo en considerar que toda regla que plantee su fuente en una disposición religiosa es de orden público –ya sea El Corán, la Sunnah, o la unanimidad de la doctrina- y por tanto no es admisible contravenirla.

Por otro lado, si bien el orden público laico se distingue por su movilidad, el orden público confesional se distingue por su inercia. Al depender este último de una fuente religiosa, queda en principio invariable, puesto que la regla religiosa no es móvil y el factor tiempo no puede intervenir para cambiar o modificar su contenido o su valor intrínseco.

Una última diferencia la encontramos en el siguiente aspecto: el orden público laico, en tanto que móvil variable en el tiempo, debe apreciarse según una concepción *a posteriori.* Por el contrario, en el orden público confesional la fuente religiosa de una determinada disposición jurídica le confiere un carácter invariable que suscita un juicio *a priori.* Se lo concibe como una solución imperativa u obligatoria, que prácticamente no deja posibilidad alguna para una yuxtaposición o comparación. De esta manera, el orden público en el sistema confesional toma en la práctica, la forma de normas de aplicación inmediata. Cabe

[23] Motilla de la Calle, Agustín. *Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del derecho de familia al ordenamiento español.* AA. VV. Globalización y Derecho. Coordinadores: Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Pilar Blanco Morales-Limones. España. 2003. p. 390.

precisar que no son de orden público todas las normas del Derecho musulmán sino aquellas cuya fuente cierta está en la religión.[24]

## MAHOMA

Por miles de años, la región del Oriente Medio ha estado poblada por pueblos semitas. El origen de estos pueblos no ha podido ser precisado con exactitud, aunque existen firmes posibilidades de que provengan de la península arábiga, que en la prehistoria fue una región muy fértil o, de la cercana África. El estrecho contacto durante milenios generó fuertes relaciones entre los pueblos allí ubicados, pero también enfrentamientos, y hasta su disolución dentro de grupos mayores. Del tronco semita son los hebreos y los árabes, quienes adoptaron el monoteísmo, plasmado en la Biblia para los primeros y, en El Corán para los segundos, por eso tanto éstos como los cristianos pueden ser agrupados dentro de las religiones denominadas abrahámicas en cuanto religiones monoteístas. La apretada convivencia durante un transcurso de tiempo tan prolongado ha provocado que numerosos aspectos del estatuto personal de los pueblos judíos y árabes se encuentren muy próximos entre sí.

Mahoma (el alabado) nació en el s. VI (el 1 de setiembre de 570 d. c.),[1] o sea, cuando el cristianismo ya se encontraba asentado en Europa y se había procedido a su institucionalización. Pertenecía a la poderosa familia de los hachemíes que lo respaldó y lo protegió durante toda su vida. La protección tribal era esencial en dichos tiempos para poder subsistir en un mundo hostil, y a Mahoma le fue de una gran utilidad debido a que fue criado por su tío Abu Talib, al quedar huérfano de padre y madre desde niño. A los 25 años se casó con la rica Jadicha, su primera creyente, 15 años mayor que él y con quien tuvo 6 hijos, de los que sobrevivieron las mujeres. En determinado momento de su vida sufre el impacto de la inspiración profética en una cueva del monte Hira, en el valle de La Meca, al serle revelada la primera azora. Según él, las sucesivas revelaciones procedían de un libro divino arquetípico guardado por Dios y que sólo los puros llegaban a conocerlo parcialmente. Si bien Mahoma no llegó personalmente a leerlo, Dios le recitó varios fragmentos por medio del Espíritu o de los ángeles, entre los cuales se destacó el arcángel Gabriel.

Karen Armstrong relata esta primera experiencia de la siguiente manera: “en la séptima noche del Ramadán un ángel lo estrechó en un abrazo aterrador que le obligó a exhalar todo el aliento. El ángel le dio una orden tajante: *¡Iqra!* ¡Recita!. Mahoma protestó en vano que no sabía recitar, él no era un *kahin*, uno de los profetas estáticos de Arabia. El ángel simplemente lo abrazó de nuevo hasta que cuando llegó al fin de su resistencia, descubrió que las palabras de una nueva escritura de inspiración divina brotaban de sus labios. La Palabra de Dios se les había revelado por fin a los árabes en su propia lengua. El libro santo recibiría el nombre de Corán: la recitación. (…) El Corán no descendió del cielo de una sola vez, como la Torah o la Ley, que según los relatos bíblicos le fue revelada a Moisés en el monte Sinaí. El Corán llegó a Mahoma línea a línea, verso a verso, Capítulo a Capítulo. A veces los mensajes trataban de una determinada situación en La Meca o en Medina”, en cambio otros tenían un alcance más general. (*Mahoma*. P. 58 y 62.).

En el año 610 (s. VII) inició la predicación en La Meca, reclamando la adhesión al monoteísmo, aconsejando cantar letanías de inspiración cristiano-hebrea y llevar una vida casta, pero en un primer

[24] Op. cit. p. 120 y 129.

momento no pensó en crear una nueva religión. Deseaba ser un amonestador que condujera a los hombres a la pureza de la religión primitiva representada por el hombre piadoso o *muslim* -musulmán o hánif- que rechazaba la idolatría. Por tanto su vocación fue ecuménica. En un comienzo sus adeptos fueron pobres, pues los ricos coraixíes temían perder sus negocios provenientes de las peregrinaciones a La Meca. Los incrédulos comenzaron a atacarlo y en diversos momentos llegó a peligrar su vida. Pudo sortear los peligros en base a la protección en bloque de su clan hachemí y especialmente de su tío pagano Abu Talib, quien como árabe sentía el vínculo de la sangre por sobre todas las diferencias. Al morir su tío y su primera esposa Jadicha, cae en el desaliento y tiene la visión de un viaje que se piensa que fue a Jerusalén. Los habitantes de Yatrib lo invitaron a vivir entre ellos como árbitro supremo de las tribus *aws* y *jazrach* divididas por viejas rivalidades. Por su religión monoteísta, Mahoma representó el enlace natural de los árabes medinenses con las tribus judías de los *banu qurayza, qaynuqa* y *nadir* que habitaban también en Medina codo con codo. Sus primeras acciones fue destruir el culto a las tres diosas que la creencia popular consideraba hijas de Alá (Lat, Uzza y Mana) y sus lugares de culto. La tarea fue muy difícil, pero al final triunfó su postura de adorar a un único Dios y a nadie más que a él.

Ante la contumacia de sus compatriotas mequíes (de La Meca), Mahoma decide partir de La Meca y comenzar un proyecto político en Medina. Sus adeptos comenzaron a partir hacia Medina en pequeños grupos para no provocar sospechas, dando inicio a lo que se llamó La Huida o *Hégira* (entre el 16 de julio hasta el 24 de setiembre de 622). La fecha de partida marca el comienzo del calendario musulmán. La población de Yatrib a la cual se había trasladado era muy heterogénea y estaba dividida en cuanto a las creencias: los *aws* y *jazrach* lo aceptaron (a quienes se los denominaría "los defensores"), estaban también los 150 coraixíes que habían huido de La Meca ( llamados "los emigrados"), un número indeciso de adherentes (calificados como "los hipócritas"); y la actitud despectiva de los judíos y de los cristianos, cada vez más alejados dogmáticamente, aun cuando Mahoma les tenía más simpatía a estos últimos que a los primeros.

Para limar asperezas se esforzó por organizar un Estado con libertad de cultos en el que pudiesen vivir los judíos y para atraerlos adoptó algunas de sus formas culturales (prescribió un ayuno que correspondía al del *yom kippur*, implantó la oración del mediodía, estableció la *qibla* en dirección a Jerusalén) pero este acercamiento no tuvo éxito, aun cuando algunos conversos judíos tuvieron una importante actuación en los comienzos. Ante la crítica que recibía por sus escasos conocimientos de la Biblia – considerado un libro sagrado para las dos religiones monoteístas de entonces- él respondía que los judíos sólo habían recibido parte del Libro. Pasó a considerarse el último Profeta -pero nunca creyó que era un personaje divino o que era hijo de Dios como en el caso de Jesús Cristo- y orientó su misión a reafirmar aquellos aspectos típicamente árabes. Cambió la *qibla* dirigiéndola de Jerusalén al norte, hacia La Meca al sur, y sustituyó la *asurá* por el ayuno del ramadán.

Según Armostrong "el cambio de dirección de la *qibla* se considera como el gesto religioso más creativo de Mahoma. Al dirigirse hacia La Meca, los musulmanes declaraban tácitamente que no pertenecían a ninguna de las comunidades establecidas sino que sólo se dirigían hacia Dios. Al postrarse en la dirección a la *Kaaba,* no guardaba relación con las otras dos revelaciones que fueron las responsables de dividir la única religión de Dios en sectas enfrentadas. Los musulmanes creyeron percibir que con el cambio en sus prácticas y creencias religiosas estaban volviendo a la fe primigenia". (p. 209).

Al reafirmar Mahoma su poder personal inició la guerra contra los mequíes que lo habían despreciado. Expulsa a los últimos judíos que quedaban en Medina (los *banu qurayza*) y conquista La Meca en el año 629, presentándose como el restaurador de la religión primitiva de Abraham y de Ismael. Tengamos en cuenta que la religión islámica se propagó en el s. VII, por lo cual son reiteradas las alusiones a personas del Antiguo Testamento: Abraham en primer lugar, su numen, el hánif [1]–que debe entenderse como el que practicaba una religión pura y detentaba el conocimiento de parte del Libro- pero también a Job, a José, a Moisés, etc.; y a los del Nuevo Testamento: Jesús -profeta venerado- a María la virgen, Sara, José, Juan el Bautista, los apóstoles, etc. Los judíos y cristianos fueron considerados como "gentes del Libro" o "gente de las Escrituras", o sea que seguían –aunque malinterpretándola, omitiendo y agregando textos- a esa parte del Libro sagrado en manos de Dios y que Éste le estaba dando a conocer. Por tal motivo Mahoma consideró que tenían que recibir un tratamiento especial, diferente al de los simples infieles.[1]

> 2 59 *Ciertamente quienes creen, quienes practican el judaísmo, los cristianos y los sabeos –quienes creen en Dios y en el último Día y hacen obras pías, tendrán su recompensa junto a su Señor. No hay temor por ellos, pues no serán entristecidos*.

Mahoma fue monógamo hasta la muerte de Jadicha. Luego tuvo varias esposas, entre las cuales Aiza que también era viuda, fue la preferida; la última de ellas Umm Habibah era de origen judío; y la última esclava, Maryam, era cristiana copta. No obstante de estas uniones sólo dos hijas sobrevivieron: Fátima que se casó con un amigo de Mahoma de nombre Alí, y la otra se casó con Othman. A su vez, Fátima le dio dos nietos: Hussein y Hassan.

Según Vernet, "el contacto fronterizo del Islam con Persia tuvo repercusiones sobre el Islam. Mahoma tuvo que idear una doctrina que permitiese la coexistencia de los distintos países, incluso con aquellos politeístas, lo cual llevó a cabo mediante el Tratado de *Hudaybiyya* con los persas, echando las bases del Derecho Internacional, 10 siglos antes de que el padre Vitoria desarrollase sus ideas". Consideró que debía existir una comunidad basada únicamente en la religión, donde todos serían hermanos y El Corán debía ser el código fundamental para regular la vida de los fieles. A La Meca sólo entrarían los musulmanes.

A su muerte ocurrida en el año 632, se planteó la cuestión de la sucesión, tema que ha dividido hasta el día de hoy a la comunidad religiosa. Se propuso elegir un sucesor o califa en el seno de la tribu de los coraixíes, y en tal sentido fueron elegidos en orden sucesivo a cuatro califas de esa extracción: Abu Bekr, Omar, Othman y Alí. Sin embargo, quienes serían posteriormente los chiítas consideraron que los sucesores de Mahoma debían pertenecer a la familia del Profeta (imanes), descender directamente de él, y en base a este argumento reconocieron únicamente a Alí como califa legítimo, pero no a los otros tres. Alí muere asesinado en el año 661 y este acontecimiento marca el fin de la intervención de la familia del profeta en la dirección de la religión. 20 años después los tres movimientos del Islam se separan definitivamente: el chiísmo, el kharidjismo y el sunismo, éste último más ortodoxo, concitó la adhesión de la inmensa mayoría de los fieles. Como consecuencia de repetidos asesinatos de los imanes chiítas, se consideró que Dios ha ocultado de la mirada de los hombres al duodécimo imán, quien recién reaparecerá al fin del mundo, para instaurar la paz y la justicia.

## FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO

Alrededor de 40 países de los 192 existentes en la actualidad - aproximadamente un tercio del total- profesan la religión musulmana, que comprende aproximadamente 1.400.000 habitantes, y en ellos la determinación de la ley aplicable se realiza sobre bases personales, donde la religión juega un papel esencial. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, religión significa el "conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, y de las prácticas rituales para tributarle culto."

¿Pero por qué ingresar en el estudio de una religión cuando estamos hablando de Derecho? En primer lugar, porque hay que aclarar que el derecho islámico no es el Derecho de un Estado o un producto de un Estado como lo vemos en Occidente, sino un Derecho establecido por Dios y adoptado por el Estado como La Ley entre los hombres; vale por sí mismo, sin necesidad de promulgación legislativa ni de una publicación en un Diario Oficial. Se trata, en cambio, de un Derecho religioso que quiere aplicarse únicamente a los musulmanes, o sea, a una categoría de personas definidas por su pertenencia religiosa, y no en referencia a un Estado. Que sea el Derecho de un Estado es una cuestión secundaria, en cuanto para los musulmanes –repetimos- el Derecho musulmán vale por sí mismo, su fuente está en la palabra de Dios trasmitida a los hombres. Esencialmente, el Derecho musulmán es un Derecho cuya fuente está en la revelación divina.

En base a ese origen, Cuniberti resume las características de este Derecho:

- *es perfecto*: Como Dios no es falible, su Derecho es perfecto. Las reglas que Él plantea no pueden ser discutidas ni cuestionadas; tampoco podrían evolucionar, ya que Dios ha hablado de una vez y para siempre. Las reglas que emanan de esta fuente diseñan un modelo de sociedad perfecta.
- *es pleno:* el conjunto normativo tendría la potencialidad de regular todas las cuestiones. Alá no quiso regular sólo determinados temas dejándole a los hombres la tarea de confeccionar reglas para el resto, Él mismo dijo que su mensaje era completo: "nada hemos dejado de lado en este Libro"; "haremos descender sobre ti, el Libro como esclarecimiento de toda cosa".
- *es intangible:* si Dios ha creado un Derecho perfecto no es posible modificarlo, el Mensaje ha quedado fijado una vez transmitido. Es importante el número de personas que consideran que "la revelación ha venido a resolver las cuestiones sometidas a divergencia, liberando así al hombre del trabajo de resolverlas a través de discusiones o experiencias repetitivas agotadoras".[25] No obstante, hay división entre las dos grandes corrientes: la chiíta que permite reinterpretar las fuentes primarias del Islam, en cambio la sunita no.[26]

El Corán. El Corán (el recitado) contiene la palabra de Dios transmitida a los musulmanes a través del Profeta Mahoma, es la fuente primaria y suprema. Debido a ello debemos considerar que el sistema de normas basado en El Corán es independiente del poder político, lo cual significa que el Estado no puede elaborar normas jurídicas, modificarlas, cambiarlas o proponer reglas nuevas, sólo los *ulemas* están autorizados a hacerlo, en tanto que intérpretes del texto sagrado. El Corán no es un texto jurídico a la manera occidental, es un texto religioso que cubre toda la vida de los creyentes, incluido el Derecho.

---

[25] Aldeeb Abu Sahlieh, A. *Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe.* Revue International de Droit Comparé. 1997. 4. p. 817.

[26] Cuniberti, Gilles. Op. cit. p. 312 a 314.

Para superar el retraso histórico que aquejaba a los países que seguían el modelo tradicional musulmán se propusieron reformas institucionales profundas en el transcurso del s. XIX. [27] Ben Achour considera que los políticos musulmanes no fueron totalmente conscientes de que sus demandas iban a hacer añicos el modelo tradicional islámico, donde lo jurídico se elabora fuera del poder político y donde la función de este último debía limitarse a mantener el orden, hacer la guerra y ejecutar las reglas religiosas. A la mayoría de la población, la idea de que el Estado árabe moderno pudiera legislar les resultó totalmente ajeno al modelo clásico. [28]

---

[27] Turquía, por ejemplo, realizó uno de los experimentos más riesgosos en materia jurídica: el transplante global de leyes extranjeras. Moisset de Espanés afirma que "si bien es cierto que por esa vía puede lograrse la unificación legislativa, existe paralelamente el peligro de la inadecuación de las normas que han sido concebidas originariamente para regir las relaciones de un pueblo con determinadas costumbres, pero ineptas frente a las necesidades de un grupo social con hábitos totalmente distintos. A la finalización de la Segunda Guerra Mundial cayó el Sultanato bajo el impulso de la revolución de los "jóvenes turcos", comandados por Kemal Ataturk.
La revolución fue profunda: se sustituyó el alfabeto árabe por el latino -ello provocó un corte que obstaculizó a las nuevas generaciones el conocimiento de sus orígenes- en materia civil se inclinaron por las leyes suizas; en materia procesal por las leyes alemanas; en materia penal por las italianas; y en materia comercial por una mezcla de los Códigos de Comercio alemán e italiano. El impacto más fuerte se hizo sentir en el Derecho de Familia donde el país de origen de la normativa y el país receptor de la misma detentaban una cultura y una tradición totalmente diferentes, que indudablemente ocasionó problemas en su aplicación. Para sortear esta situación el legislador turco fue aprobando con posterioridad numerosas leyes, la cuales se fueron apartando paulatinamente de la fuente extranjera originaria. A título simplemente de ejemplo ilustrativo, los inconvenientes fueron los siguientes: en Turquía no existía el apellido, cada persona tenía su nombre unido al de su padre a través de un sufijo indicativo de la filiación; respecto de las fundaciones del derecho islámico (*vakifs*) se encontraban reguladas de un modo muy minucioso por el Derecho islámico que contrastaba con la regulación simplista del derecho suizo, por lo cual hubo que cubrir la diferencia; dada la geografía de Turquía fue extremadamente difícil conformar un Registro de la Propiedad donde se inscribieran las traslaciones de los inmuebles y la constitución de los derechos reales, lo que originó que numerosos propietarios en realidad no lo fueran porque de acuerdo a su tradición no inscribían las ventas, inscripción que era constitutiva. En la materia matrimonial, la adopción de las leyes suizas significó un cambio notable: en contra de las antiguas costumbres que permitían la poligamia, se estableció la monogamia; además, sólo se le reconoció valor jurídico al matrimonio civil permitiéndose con posterioridad la celebración del matrimonio religioso. Los campesinos de la Anatolia igual seguían practicando la poligamia lo que generó más de un millón de hijos ilegítimos. El divorcio podía ser solicitado por cualquiera de los cónyuges. La legislación turca adoptó el régimen de la separación en los bienes durante el matrimonio más acorde con el sistema islámico, rechazando la solución suiza. Como efecto beneficioso de esta remoción jurídica total se estableció que en las sucesiones las mujeres debían compartir la herencia en pie de igualdad con los hombres. En definitiva, si bien el sistema trasplantado sirvió para un cambio radical en un primer momento, luego fueron agregándose reformas y modificaciones que permitieron aproximarse a la tradición islámica.

[28] Turquía, por ejemplo, realizó uno de los experimentos más riesgosos en materia jurídica: el transplante global de leyes extranjeras. Moisset de Espanés afirma que "si bien es cierto que por esa vía puede lograrse la unificación legislativa, existe paralelamente el peligro de la inadecuación de las normas que han sido concebidas originariamente para regir las relaciones de un pueblo con determinadas costumbres, pero ineptas frente a las necesidades de un grupo social con hábitos totalmente distintos. A la finalización de la Segunda Guerra Mundial cayó el Sultanato bajo el impulso de la revolución de los "jóvenes turcos", comandados por Kemal Ataturk.
La revolución fue profunda: se sustituyó el alfabeto árabe por el latino -ello provocó un corte que obstaculizó a las nuevas generaciones el conocimiento de sus orígenes- en materia civil se inclinaron por las leyes suizas; en materia procesal por las leyes alemanas; en materia penal por las italianas; y en materia comercial por una mezcla de los Códigos de Comercio alemán e italiano. El impacto más fuerte se hizo sentir en el Derecho de Familia donde el país de origen de la normativa y el país receptor de la misma detentaban una cultura y una tradición totalmente diferentes, que indudablemente ocasionó problemas en su aplicación. Para sortear esta situación el legislador turco fue aprobando con posterioridad numerosas leyes, la cuales se fueron apartando paulatinamente de la fuente extranjera originaria. A título simplemente de ejemplo ilustrativo, los inconvenientes fueron los siguientes: en Turquía no existía el apellido, cada persona tenía su nombre unido al de su padre a través de un sufijo indicativo de la filiación; respecto de las fundaciones del derecho islámico (*vakifs*) se encontraban reguladas de un modo muy minucioso por el Derecho islámico que contrastaba con la regulación simplista del derecho suizo, por lo cual hubo que cubrir la diferencia; dada la geografía de Turquía fue extremadamente difícil conformar un Registro de la Propiedad donde se inscribieran las traslaciones de los inmuebles y la constitución de los derechos reales, lo que originó que numerosos propietarios en realidad no lo fueran porque de acuerdo a su tradición no inscribían las ventas, inscripción que era constitutiva. En la materia matrimonial, la adopción de las leyes suizas significó un cambio notable: en contra de las antiguas costumbres que permitían la poligamia, se estableció la monogamia; además, sólo se le reconoció valor jurídico al matrimonio civil permitiéndose con posterioridad la celebración del matrimonio religioso. Los campesinos de la Anatolia igual seguían practicando la poligamia lo que generó más de un millón de hijos ilegítimos. El divorcio podía ser solicitado por cualquiera de los cónyuges. La legislación turca adoptó el régimen de la separación en los bienes

Desde un comienzo el Corán podía haberse puesto por escrito en árabe - idioma derivado del arameo- pero Mahoma en un principio no tuvo claro el desarrollo de las revelaciones de que era receptor, por lo cual los versículos (*aleyas)* y los capítulos (*azoras)* fueron aprendidos de memoria o fueron escritas en la paleta de los camellos o en algunos pergamino sueltos[29], al estar redactados mediante pensamientos cortos y rítmicos se permitía una fácil memorización. Debido a esta forma de comunicación de las *aleyas*, algunas fueron olvidadas, así como ciertas revelaciones. No se pensó en diseñar un catálogo cronológico de las revelaciones y cuando se intentó establecerlo ya fue demasiado tarde. Ello ha hecho que una misma revelación figure fragmentada en varias *azoras*. Bajo el mandato del califa Othman se redactó un texto oficial combatiéndose cualquier discrepancia sobre el mismo. Los chiíes acusaron al califa de haber suprimido toda referencia a Alí, hermano de Jadicha y por tanto cuñado de Mahoma, lo que profundizó las divisiones entre las distintas escuelas.

El documento escrito que en definitiva se conformó consta de 114 *azoras*, que van colocadas por orden decreciente de extensión. Encabeza la *azora* el tema tratado en ella, le sigue el lugar donde se reveló (La Meca o Medina), luego el número de aleyas de que consta y finalmente, la invocación a Dios. Debido a lo expuesto el Corán no es un texto homogéneo. El Corán es pobre en normas jurídicas, únicamente unas 600 *aleyas* tratan cuestiones de ese tenor (*fiqs)*. Aldeeb Abu Sahlieh, ha calificado a El Corán como la obra más desordenada que existe sobre la tierra.[30]

La Sunna. En los países musulmanes el Corán no es la única fuente de Derecho, si bien es el libro sagrado de revelación divina recibida por Mahoma y dirigida a toda la humanidad. Al Corán hay que agregarle la *Sunna* o tradición del Profeta, que contribuye a complementarlo. Comprende todas las palabras y actos ocurridos durante toda la vida de Mahoma; por ese motivo hemos tenido el cuidado de relatar la vida del Profeta y las distintas dificultades a que se vio confrontado. La *sunna* ha desempeñado una importante función en la interpretación de las disposiciones de El Corán, pero en la jerarquía de las fuentes su lugar es inferior a este último. Toda regla de la Sunna toma la forma de una *hadith* (o dicho del Profeta), el cual consta de dos partes: la línea de trasmisión de generación en generación, y luego el contenido de la *hadith.*

La Idjma. La tercera fuente del derecho musulmán es la ***Idjma***, definida como el consenso unánime de los doctores musulmanes luego de la muerte del Profeta respecto de un determinado tema. El acuerdo de los musulmanes sobre la existencia de una regla es suficiente para incluirla en el Derecho islámico. Varios versículos del Corán reconocen su valor y amenazan a quienes no la acepten. La *Idjma* le ha dado al Islam la flexibilidad necesaria para poder evolucionar y adaptarse a cada época. "Mi comunidad no caerá jamás en el error".

De todos modos hay que señalar que en una comunidad de 1.400 millones de fieles repartida en todos los rincones del mundo resulta imposible obtener un consenso. Muchos de sus fieles son gente iletrada, por lo cual es comprensible que con el paso del tiempo el consenso se buscó a nivel de comunidades más

---

durante el matrimonio más acorde con el sistema islámico, rechazando la solución suiza. Como efecto beneficioso de esta remoción jurídica total se estableció que en las sucesiones las mujeres debían compartir la herencia en pie de igualdad con los hombres. En definitiva, si bien el sistema trasplantado sirvió para un cambio radical en un primer momento, luego fueron agregándose reformas y modificaciones que permitieron aproximarse a la tradición islámica.

[29] El Corán. 17.107. *Y hemos hecho descender un Corán, al que hemos dividido para que lo recitéis a los hombres poco a poco. Lo hemos hecho descender sin interrupción.*

[30] Aldeeb Abu Sahlieh, A. *Conflits (…).* Op. cit. p. 816.

restringidas, aquellas compuesta por estudiosos, y que fuera suficiente con que la *Idjma* represente el consenso de los juristas. Como el consenso de este modo fue igualmente imposible de obtener, se consideró que había limitarse a las interpretaciones dadas por los cuatro primeros imanes; o sea, que el esfuerzo del razonamiento se agotaba con ellos y con ellos. Se consideró que el Derecho islámico había sido definitivamente expuesto en dicha época y que "había que cerrar la puerta del esfuerzo" del razonamiento en forma definitiva. Ello produjo una consecuencia importante: el Derecho islámico dejó de ser susceptible a la evolución.[31]

El Kiya. Luego tenemos el razonamiento por analogía o ***kiyas,*** que significa apoyarse en una regla preexistente para deducir de ella otra regla. Cuando los dos problemas son similares, se le aplicará al caso nuevo la solución del caso viejo.

También existen otras fuentes complementarias, como la opinión personal de un doctor musulmán, a fin de resolver problemas que no encuentran una solución satisfactoria en las diferentes fuentes del derecho musulmán. Luego tenemos la necesidad de hallar el bien, que se caracteriza por renunciar al razonamiento deductivo cuando éste resulta exagerado y aplicar el criterio de la equidad. Le sigue la búsqueda del interés general, cuando no es posible encontrar la solución en las fuentes precitadas. Y por último la costumbre, que consiste en la práctica de una determinada sociedad en una época determinada, lo cual permite que la aplicación e interpretación del Derecho musulmán sea diferente de país en país, al estar adaptado a la cultura local.

El aplicador del Derecho deberá tener en cuenta que no todas las escuelas mencionadas aceptan las fuentes complementarias y tampoco les atribuyen igual valor. La tarea de ubicar e interpretar el Derecho musulmán se vuelve entonces, una tarea compleja, pero en su conjunto, habilita a pensar en un Derecho que en ocasiones puede ser flexible ante las circunstancias concretas, en cuanto hay fuentes que en Occidente podríamos considerar como "laicas."[32]

El Islam y los derechos fundamentales. Como hemos mencionado, la oposición entre la civilización occidental y la musulmana puede ser examinada tomando en consideración el respeto de los derechos fundamentales de las personas y a las culturas de los pueblos. Los Estados islámicos han sostenido que si bien los derechos fundamentales tienen una vigencia universal, su interpretación debe realizarse de acuerdo a cada cultura, pues si se la hace de conformidad con una sola –en el caso, la occidental- se corre el riesgo de consagrar un imperialismo jurídico. Existe un antagonismo persistente, como lo demuestra la posición de Gaudemet-Tallon, para quien ante el enfrentamiento entre el principio que propugna el respeto a las culturas extranjeras y el que proclama la igualdad entre el hombre y la mujer, debe prevalecer este último.[33] De todos modos, gran parte de los países musulmanes han intentado establecer un equilibrio que a veces se ha vuelto delicado.

La posición, de la cual Gaudemet-Tallon es sólo una de las representantes, resulta muy discutible para los musulmanes -quienes han realizado una *Declaración Islámica sobre los Derechos Humanos,* el 19 de setiembre de 1981- donde destacan claramente que desde el punto de vista del Islam, lo importante no es el ser humano, lo esencial es Dios. Si el hombre –entendido como el de sexo masculino- tiene una

---

[31] Salvo para la corriente hanbalita.

[32] Legais, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative.* Paris. 2008. 2ª Edition. P. 235.

[33] Gaudemet-Tallon, Hélène. *La desunión (…)* op. cit. p. 269.

situación de privilegio es debido a que se lo ha hecho responsable de la familia, pero éste no debe comportarse despóticamente sino con moderación y benevolencia en relación con los integrantes de la misma.[34] Con un gran sentido de oportunidad, Jahel nos recuerda que el Código Napoleón de 1804 le otorgó también al hombre un papel predominante en la familia; y si tomamos en consideración la legislación uruguaya observaremos que recién a partir de la sanción de la ley No. 10.783 de 11 de setiembre de 1946 se establece la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres, o sea hace poco más de 60 años[35], ante lo cual ningún Estado puede tirar la primera piedra.

En nuestro país el proceso hacia un Estado laico comenzó muy temprano, con la secularización de los cementerios en el año 1861, que culminaría con la inclusión del actual art. 5 en la Constitución aprobada en 1917, entrada en vigor en 1919:

> *todos los cultos religiosos son libres en Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. (…) Declara asimismo, exentos de toda clase de impuestos, a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.*

La posición definitiva a la que llegó Uruguay -aunque temprana con respecto a los demás países del continente, no fue una tarea fácil- pues como acertadamente afirma Rivero, la laicidad es una noción "formada en el tumulto", en cuanto exige un gran esfuerzo social proclamar la neutralidad religiosa del Estado. El Estado asume respetar en cada hombre el derecho a elegir la Verdad que orientará su vida. Implica que el poder político no impondrá ningún credo en forma coactiva. La libertad de opción del individuo exige que las diversas doctrinas demuestren su fortaleza en razón de su contenido, sin ningún concurso oficial que falsee el juego. Hay entonces, una limitación voluntaria de competencias en el ámbito metafísico, que el Estado deja a la libre búsqueda de las conciencias. Derecho de cada persona de creer en cualquier idea metafísica o de no creer en ninguna.[36]

El Derecho de familia según el fundamentalismo. Al día de hoy el núcleo del enfrentamiento se sitúa en el Derecho de Familia y en el Derecho Penal, y tiene por escenario principal a los países europeos, sobretodo respecto de la organización de la familia, donde la influencia de la religión ha sido particularmente acusada entre los pueblos semitas. Se ha expresado con acierto que la confrontación fundamentalmente ocurre sobre dos puntos: acerca de la concepción de la ley y respecto de la sociedad.[37] La cuestión es bien simple, pues como hemos dicho en el Derecho musulmán se considera que la ley es hecha por Dios y que se encuentra en El Corán -Su Palabra- y en la tradición del Profeta Mahoma o la *Sunnah.* Basados en estas dos fuentes los juristas musulmanes han desarrollado todo un sistema jurídico denominado la *Shari'a* –que significa el camino- a la que todos los musulmanes deben

---

[34] Preámbulo: "*Nosotros los musulmanes, que creemos en los términos de nuestra Alianza ancestral con Dios, nuestros deberes y obligaciones tiene prioridad sobre nuestros derechos"*.

[35] "Art. 1. La mujer y el hombre tienen igual capacidad legal. Art. 9. El domicilio conyugal se fijará de común acuerdo por los esposos. Art. 15. La mujer viuda o divorciada que contraiga nuevo matrimonio continuará en el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda que se le hubiere confiado, así como en la administración de los bienes correspondientes, que ejercerá con entera independencia del nuevo cónyuge."

[36] Rivero. Jean. *La notion juridique de laïcité.* Dalloz. XXXIII. 1949. 31 Cahier. Chronique. P. 137. « Esos desacuerdos no deberían sorprender; la noción de laicidad se ha formado en el tumulto: en los conflictos de ideas, y sobretodo en la lucha de los partidos, ella traduce intuiciones, temperamentos, místicas, más aún en cuanto no procede de una elaboración serena y de un esfuerzo de definición. Nacida en el ámbito de la libre discusión, continúa viviendo allí, sometida al contragolpe de los movimientos de opinión". Dentro de los países laicos ubicamos también a aquellos que si bien tienen una religión de Estado, como es el caso de Gran Bretaña, su sistema interno es decididamente laico.

[37] Aldeeb Abu-Sahlieh, Sami. *Droit musulman de la famille et des successions en Suisse.* Revue Critique de Droit International Privé. 96. 3. Juillet-September. 2007. p. 494.

someterse. Así como para el creyente judío el Antiguo Testamento se impone como su Código legal a seguir en todo tiempo y lugar, los musulmanes consideran que la Revelación -comunicada por Dios a los musulmanes a través del Profeta Mahoma y aplicada como Derecho- ha liberado a los gobernantes de la carga de dictar reglas, ya que Dios ha sido el legislador. El Islam le ofrece al creyente soluciones eternas y indiscutiblemente buenas.

De esta manera se ha convertido en un sistema bloqueado, en cuanto no puede alterarse la palabra divina. También en un sistema cerrado, en cuanto las reglas de Derecho musulmán de la familia sólo están dirigidas a los adeptos de la religión islámica, sólo es aplicable a ellos; el juez musulmán no se cree autorizado a imponer sus concepciones a los no musulmanes. Por ese motivo Jahel destaca que "desde el punto de vista musulmán, el estatuto personal escapa a cualquier forma de armonización con los otros sistemas contemporáneos, por medio de los mecanismos de derecho internacional privado".[38]

En cambio en Occidente los países laicos consideran que la ley es hecha por los hombres, las cuales son elaboradas en el Parlamento -representante del pueblo- fundamento de la democracia moderna. Esta concepción no se abrió paso tranquilamente sino que fue fruto de luchas muy sangrientas para lograr la separación entre la Iglesia y el Estado, pero que tiene su apoyo para algunos analistas en última instancia, en la actitud de Jesús ante la ley cuando dice "*dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*" (Mateo, 22.21), mostrando una prescindencia por los asuntos mundanos que no tuvo, por ejemplo, Mahoma.

Sin perjuicio de esta observación, el Corán consagra como regla esencial la libertad religiosa, "la visión islámica de la sociedad -incluso de la sociedad internacional o de la comunidad humana- es una visión plural, basada sobre la coexistencia en la paz y la cooperación. (…) De los versículos coránicos se desprende que los musulmanes deben dejar a los tribunales cristianos e israelitas aplicar su propia ley a sus adeptos. El principio del respeto al otro se encuentra claramente reconocido, lo cual no sólo implica la adopción del sistema de la personalidad de las leyes sino también, que la ley no musulmana deberá ser aplicada por un tribunal no musulmán. El paralelismo legislativo se desdobla así en un paralelismo jurisdiccional".[39]

La causa por la que el sistema personalista haya sido aplicado tal como lo hemos referido se debió a que en sus comienzos los dirigentes políticos musulmanes eran una minoría. Pero lo que sorprende es que luego las poblaciones conquistadas espontáneamente se adhirieron en masa al Islam y aún así la base personal se mantuvo. Charfi se pregunta qué ocurrió para que no se haya unificado el sistema jurídico en todo el territorio, y considera que la respuesta hay que hallarla en el carácter religioso del Estado y en el carácter liberal de la religión. Los gobernantes se basaron en la religión para resolver las cuestiones jurídicas y esa actitud –que le daba una autoridad indudable a sus decisiones- los obligó a renunciar a legislar para obedecer lisa y llanamente los preceptos coránicos. "Derecho y religión quedaron

---

[38] "Puede decirse que en lo concerniente a la familia, si Dios a querido presidir directamente su organización, es con la finalidad de asegurar la perennidad, preservarla 'de la corrupción del tiempo', (…) el derecho de familia ha quedado intangible. (…) No sería exagerado pensar que si al Islam se le quita ese basamento temporal que constituye su sistema familiar, la civilización que expresa, puede verse seriamente afectada. Hay pues razones capitales para no trastocar el sistema tradicional". Jahel, Selim. *La lente acculturation du droit maghrebin de la famille dans l'espace juridique français.* Revue International de Droit Comparé. L. 1994. p. 40.

[39] Charfi, Mohamed. *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans.* Recueil des Cours. T- 203. 1987. III. P. 361.

íntimamente vinculado sobre el plano formal, limitando en cierto modo el accionar del Estado".[40] Además de la renuncia de las autoridades políticas al ejercicio del poder legislativo, hay que tomar en consideración que al ser un Derecho religioso, únicamente puede imponerse a los adeptos; por tanto las leyes relacionadas con el estatuto personal no tendrán una vocación general para aplicarse a todos los habitantes del territorio, sino que necesariamente habrá de tener un carácter personal. Pues por su propia naturaleza será un Derecho inapto para aplicar a los no musulmanes.

El Derecho de familia según opiniones renovadoras. Issam Toualbi ha considerado que la corriente fundamentalista -que se basa en un concepto del tiempo presentado como inmutable y no sometido a cambios- no es la correcta, por cuanto en la filosofía musulmana el tiempo es concebido como la suma de los movimientos y de los cambios operados por el conjunto de los elementos que forman el cosmos.[41] Si bien Toualbi simpatiza con la corriente que permite la adaptación de las enseñanzas religiosas al paso del tiempo, concluye en una afirmación evidente para todos: su posición es aún muy minoritaria, prevaleciendo el pensamiento fundamentalista extremo.

Toualbi se basa en la consideración de que la Charia, al ejemplo de otras leyes divinas como los Diez Mandamientos bíblicos, no se constituyó en un lapso de tiempo limitado sino que abarcó un período de 3 siglos. Una vez designado Mahoma en el 623 como jefe espiritual y temporal de Medina, el Profeta debió esperar unos 10 años antes de que dotar a la comunidad musulmana, de un conjunto de reglas sociales y crear un cierto número de instituciones judiciales. Luego de su muerte les correspondió a los padres fundadores de la ciencia jurídica musulmana asumir el relevo y realizar la doble tarea de reunir las directivas orales dejadas por el Profeta y cubrir las lagunas que pudieran aparecer desde su aplicación. Toualbi destaca que "la obra de los primeros jurisconsultos musulmanes permitió a la Ley sagrada enriquecerse con un conjunto de interpretaciones, de reflexiones, analogías y jurisprudencias. Esta actividad vinculada a la ciencia jurídica musulmana iba a prolongarse durante casi 3 siglos y daría nacimiento a más de una veintena de escuelas de pensamiento jurídico, disponiendo cada una de una interpretación propia del Código islámico". Pero a partir del s. X, la energía que animaba al derecho islámico fue borrándose poco a poco, y las nuevas generaciones de juristas consideraron a sus predecesores con tal veneración que elevaron sus opiniones al rango de *Doxa* (lo incontestado). "Y en lugar de constituirse en actores activos de la evolución de la ciencia jurídica, estos últimos se satisficieron con el rol de simples comentaristas de las opiniones de los maestros. Ese tradicionalismo conservador terminó por influir sobre las autoridades políticas del s. X, y la dinastía de los Abásidas proclamaría oficialmente el fin del tiempo de la jurisprudencia",[42] también conocida como "el cierre de la puerta del esfuerzo". El Derecho islámico fue considerado como que había terminado definitivamente de nacer y que la norma jurídica era extra-temporal, invariable y refractaria a los cambios, o sea que resultaba amputada de la flexibilidad que la caracterizaba en los tiempos de su formación.

---

[40] Charfi, Mohamed. *Droit musulman* (…) Op. cit. p. 367.

[41] Toualbi, Issam. *Le Droit islamique face aux enjeux du temps historique. Réflexions sur l'aptitud de la Charia à s'adapter aux exigences modernes du Droit.* Jurisdoctoria. 2009. 3. p. 97.

[42] Toualbi, Issam. *Le Droit islamique (…)* Op. cit. p. 99.

Toualbi rechaza el calificativo de intransigente y misógino que se le endilga al Derecho musulmán. Señala que en los tiempos pre-islámicos (los "tiempos de la ignorancia"), había una organización política regida por las costumbres, la cual permitía garantizar un cierto nivel de orden social. Según el autor, el Profeta no quiso reformar totalmente los hábitos jurídicos de las poblaciones árabes sino alentar la conservación de algunos aspectos aunque enriquecidos con nuevos preceptos, de conformidad con su misión profética. Cuando la opresión mequí se volvió insostenible, Mahoma decidió exiliarse en el valle del Yatreb –futura Medina- situado a 700 klms de la Meca, donde fue proclamado jefe espiritual y temporal. Y de apóstol pacífico pasó a convertirse en legislador, en político y en un gran estratega. Como ya hemos hecho mención, en ese entonces Medina estaba poblada de etnias de origen judío y yemenita, lo cual convertía a ese conglomerado humano en una sociedad multiconfesional. Al año mismo de su elección redacta un Tratado (el Pacto de Medina) que delimitaba los derechos y deberes de los habitantes, se trata de un Tratado que contribuyó a crear el primer Estado musulmán; se abandona el espíritu tribal en provecho de la idea de que se forma parte de una "nación", Mahoma les dio identidad a los árabes. La consagración del criterio de una nueva pertenencia supera o trasciende las pertenencias religiosas y étnicas propias de las tribus semitas de entonces, aun cuando mantiene la distinción entre las diferentes castas que formaban la sociedad árabe. Igualmente mantiene prácticas anteislámicas al conservar la responsabilidad colectiva de las tribus ante los crímenes cometidos por alguno de sus miembros: la tribu debía castigar al culpable y pagar el diezmo a la familia de la víctima, como lo preceptuaban los usos árabes. Por otro lado, la vieja costumbre del arbitraje será retomada por la Charia, pero en lugar de ser cumplido por los adivinos se eliminan todas las prácticas supersticiosas de las que estaba rodeada la solución arbitral.

En el campo penal, Toualbi destaca el hecho de que en la sociedad pre-islámica hay una ausencia de la institución carcelaria. Las penas se resumían en: el exilio, la amputación de una parte del cuerpo, la flagelación y la venganza de sangre (también conocida por ley del talión: la pérdida de un miembro de la tribu debía ser vengada por la inflicción de una pérdida equivalente en la tribu del culpable). La Charia insiste sobre el deber de equidad: "vida por vida" (Corán s. 95, v. 45), pero se la ofrece a la familia de la víctima, el derecho a perdonar al culpable mediante el pago del "precio de la sangre" (equivalente a unos 100 camellos). En cuanto a la amputación, resultó confirmada por la Charia (Corán s. 05, v 38) y se aplicaba en los casos de robo, salvo que haya sido motivada por hambre -consideración similar a lo acontecido por la Sra. de Jenard en el Derecho francés, al robar un pan para alimentar a sus hijos hambrientos-. En principio, la flagelación estaba destinada a los esclavos que se hubieran rebelado, pero luego se adoptó para castigar los casos de adulterio, de falsa acusación de adulterio y de consumo de alcohol. Si un hombre osaba criticar las costumbres ancestrales arriesgaba verse excomulgado y devenir un exiliado. Luego el exilio se usó también, para castigar a los asaltantes de los caminos. En definitiva, en el aspecto penal, la doctrina musulmana no impuso variantes mayores a los castigos ya establecidos por las costumbres existentes, más bien se preocupó por consagrar la igualdad ante la justicia, el derecho a la propiedad y la protección de las costumbres.[43]

[43] Toualbi expresa que:"el número reducido de penas penales dictadas por la Charia, muestra bien que el Profeta Mahoma no deseó "clausurar" la futura justicia musulmana en un Código Penal inmutable. Como corolario de esta flexibilidad de espíritu se aprecia la gran libertad dejada a los primeros juristas musulmanes en la elaboración del futuro Código Penal islámico. Op. cit. p. 107 y 108.

Finalicemos con el examen del Derecho de familia. Antes del advenimiento del Islam era difícil distinguir el matrimonio, de la unión libre y de la prostitución. Mahoma se introduce con profundidad en los cambios del Derecho de familia prohibiendo los matrimonios de duración limitada, los intercambios de pareja o el matrimonio heredado del padre a los hijos, en cuanto la cónyuge del padre pasaba a convivir con el hijo a la muerte del primero. El matrimonio será considerado un contrato, no de por vida, ni presionado por la familia o la sociedad, sino que se basaba en el acuerdo de la mujer; con la presencia de un tutor que buscaba que la mujer tuviera el mismo estatuto social que tenía en la casa de sus padres; y el pago de la dote que en sus orígenes representaba la venta de la mujer, pero que con la Charia la dote se transforma en un aporte dado por el esposo a la mujer; la presencia de los testigos estaba motivada por la necesidad de confirmar la realidad del matrimonio y de recordar las condiciones contractuales en caso de litigios entre los contrayentes; y de probar que hubo una manifestación de querer contraer matrimonio.

En cuanto a la poligamia, ésta fue una práctica inmemorial en el Medio Oriente, si bien Mahoma evitó abolir esta práctica, le da un estatuto jurídico preciso, con la finalidad de garantizar los derechos de las esposas, estableciendo: un límite de cuatro, el consentimiento de la primera esposa, y el trato igualitario entre todas ellas. El divorcio que antiguamente era manifestado oralmente por el esposo una sola vez, y que correspondía a la ruptura del contrato de compra de la mujer, resulta condicionado a su manifestación en tres oportunidades. Se reconoce la posibilidad de decretar la separación judicial a pedido de uno de los cónyuges, e igualmente el divorcio a requerimiento de la mujer. La guarda de los niños también monopolio del padre, se le confiere también a la mujer. Las obligaciones alimentarias hacia las viudas, las divorciadas y los hijos, se convierten en deberes de hombres piadosos.

# CAPÍTULO 4

# CHINA

## Introducción

China: el tercer país más grande del mundo en extensión geográfica luego de Rusia y Canadá, y el más poblado con 1.300 millones de habitantes, con un crecimiento económico a una tasa del 10% anual desde hace 20 de años, por lo cual está llamada a ser en los próximos años, la potencia más importante del mundo, o a compartir ese liderazgo con los Estados Unidos de América. Sin perjuicio de considerar que su influencia a lo largo de los siglos se extendió a países limítrofes[44], al igual que recibió influencia del exterior, es posible pensar esta civilización como aquella asentada en un país: la China continental, a diferencia de la civilización musulmana que se esparció como una mancha de aceite por más de 40 países en el mundo. China se consideraba a sí misma como el centro del mundo –el Imperio del Medio- y los pueblos exteriores como bárbaros, algo similar a lo ocurrido en el Imperio Romano.

Ante una civilización varias veces milenaria sin duda es posible estudiarla desde los más variados enfoques: el religioso, el político, el filosófico, el cultural, etc., pero dado el estrecho límite en el cual debemos movernos en este Capítulo, daremos breves informaciones sobre su pasado, intentando examinar la China actual, sobre todo desde el momento en que la influencia de Mao Ze Dong decrece y el país se inserta ampliamente en la economía mundial.

En la actualidad la República Popular China se compone de 23 provincias, y 4 regiones autónomas (Xinjiang, Tíbet, Mongolia interior, Ningxia y Guanxi), además de 4 municipalidades directamente administradas por el gobierno central (Beijing, Tianjin, Shanghai y Chongqing), más 2 regiones administrativas especiales (Hong-Kong y Macao). En realidad, en este país existen tres regímenes jurídicos: el de la China continental; el de Hong-Kong (donde impera el *common law*); y el de Macao (ex colonia portuguesa, donde rige el derecho continental europeo), estas dos últimas gozan de autonomía judicial y cada una tiene su propia Corte Suprema de Justicia.

La República Popular China es un Estado con las características de imperio: grande en términos de territorio y de población, multinacional, multicultural, multilingüe y multirreligioso. En ese contexto se cuestiona si el modelo Estado-nación es el modelo adecuado para China o, si el imperio chino es distinto de los imperios europeos, y si hay aspectos de la administración del imperio chino antiguo que son relevantes todavía para la administración de la República Popular. El caso chino puede ser definido más bien como un Estado-partido, debido a la no separación de poderes entre el Partido Comunista y la Administración del Estado o la función pública.”[45]

---

[44] Como por ejemplo, sobre Japón, Corea y Vietnam.

[45] “Si comparamos la situación de China con la situación de la Unión Europea en su conjunto (y no con los países individuales, como España, Francia, Alemania o el reino Unido), las problemáticas que aforan son distintas y son más parecidas a las problemáticas chinas: cohesión territorial, conflictos interétnicos, déficit democrático, desniveles económicos, movimientos migratorios, un Estado fallido (Irlanda del Norte); otro país dividido (Chipre); experiencias de transición de dictaduras fascistas y soviéticas hacia la democracia, modernización de la economía, reforma de los mercados de trabajo, una unión monetaria. En ese sentido, es interesante subrayar la necesidad que ha experimentado la Unión Europea en su proceso de evolución supranacional o supra-estatal de crear un cuarto estamento del poder, además de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la tradicional democracia liberal: la Comisión Europea, un órgano de gobierno formado por tecnócratas, que sirve para formular políticas y para garantizar la continuidad. En muchos aspectos se parece al mandarinato, a la burocracia de los tecnócratas que el imperio chino sintió la necesidad de crear hace más de 2 milenios. Parecería que una entidad supranacional como la U. E. necesita de órganos de

## CONFUCIO

Se ha señalado la importancia de la influencia de Confucio en la civilización china, aun cuando hay estudiosos que consideran que el enfoque confuciano ya existía antes del imperio y antes de que Confucio naciera, por ejemplo con Lao Tse. Confucio pertenecía al clan de los Kong (nombre latino adjudicado por el sacerdote jesuita Mateo Ricci, término que proviene de *Kongzi* o *Kong fu tsi*, que significa Maestro Kong), y formaba parte de una familia acomodada residente en el antiguo país de Lu, hoy Provincia de Shandong. Debido a la muerte de su padre acaecida cuando Confucio tenía 3 años de edad, quedó sumido en la pobreza. A pesar de esta dificultad recibió una educación esmerada. Luego de administrar su propiedad agrícola parte en el año 518 a.c. a la Corte del soberano Zhou. Desempeñó trabajos en el Estado llegando a ser Ministro de Justicia del país de Lu, aunque se duda que haya tenido funciones importantes. Su periplo vital transcurrió entre el 28 de setiembre de 551 a. c. (siglo VI) y el año 479 a. c (s. V).

Su enseñanzas comenzaron a una edad madura, cuando Confucio contaba ya con 50 años, viajando durante 13 años por toda China, y sus ideas se propalaron rápidamente por Lu y luego por el resto de China, en momentos en los cuales la población había caído en un gran escepticismo –incluso religioso- debido a las continuas guerras y a la fuerte presencia de corrupción gubernamental.

Su doctrina fue ante todo moral. El objetivo fue recuperar y difundir las ideas de los grandes sabios de la antigüedad. Viajó continuamente con el objetivo de encontrar algún gobernante que quisiera adoptar las reformas que él propugnaba, aunque sin éxito. Defendía la idea de una vida ejemplar basada en criterios morales que servirían como paradigma a seguir por la población.

El principio de la jerarquía fue uno de los más importantes tomados en consideración por Confucio. La jerarquía debía darse en 5 niveles (*sangang wuchang*): entre los gobernantes y sus súbditos, entre el marido y la mujer, entre el padre y el hijo, entre hermanos mayores y menores, y entre amigos. Este principio jerárquico debía tener una contrapartida: el superior debe gentileza, protección y afecto hacia el inferior. La célula básica estaba constituida por la familia, que se organizó jerárquicamente bajo la autoridad casi absoluta del jefe de familia; el Estado mismo seguía el modelo familiar. Cuniberti señala que su doctrina feudal favorece ante todo, el poder absoluto del soberano y justifica la ausencia de control democrático; por otro lado, Confucio se concentró sobre los deberes que debe cumplir cada uno ignorando los derechos.[46]

Confucio también consideró esenciales tener una buena conducta en la vida, un gobierno basado en la caridad, la justicia y el respeto a los planos jerárquicos. Se contraponía a ello, la benevolencia hacia el

---

gobierno adicionales y distintos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que caracterizan a los Estados naciones de la democracia liberal. En el caso de la República Popular en cambio, se mantiene la burocracia de los tecnócratas, pero aún no se han separado los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial". p. 74. Luego el citado autor agrega que la capacidad del Estado-partido para llevar a cabo transformaciones manteniendo la estabilidad institucional y un ritmo sostenido de crecimiento y de distribución de la riqueza de una manera equitativa, es el factor que le da legitimidad política. Golden, Seán. *La percepción del riesgo. Una visión desde China.* Revista CIDOB d'Afers Internacionals. No. 89-90. p. 73.

[46] Op. cit. p. 183. Sin embargo, de cuerdo a la interpretación de sus propios estudiosos como Xiaoping Li, "el espíritu de ese Derecho no es un 'despotismo' como lo ha considerado Montesquieu, ni un concepto de 'modelo' como lo ha interpretado Escarra, ni tampoco un 'ritualismo' como lo ha remarcado Vandermeersch, sino esencialmente la síntesis de un 'humanismo', de un 'moralismo' y de un concepto de 'armonía'" Li, Xiaoping. *L'esprit (…)* RIDC. 1997. 1. p. 19.

prójimo, la bondad y la tolerancia. Todo lo cual se completaba con el cumplimiento de los ritos –que sustituía a la ley- y con el sacrificio regular.[47]

Consideró que las principales virtudes consistían en el amor y respeto a la naturaleza en primer lugar, y luego al orden político, social y religioso, a los padres, a los más ancianos, buscando la armonía en todo momento y en todos los actos. Para lograrla estableció una infinidad de ritos y ceremonias. Consideraba que si debilitamos u obstaculizamos la práctica de los ritos estamos debilitando el respeto a los padres, a los ancianos, a los magistrados y en última instancia, el respeto al soberano.[48] El concepto de "ritos" no es asimilable al que tenemos en Occidente –entendido como aquellas ceremonias practicadas en una religión- sino que se traslada del plano religioso al plano social, extendiéndolo a todos los actos de la vida en sociedad.

Sus ideas están contenidas en *El libro de los cambios,* en *El Libro de los documentos históricos,* en *Los Anales de la Primavera y del Otoño,* y luego sus discípulos reunieron algunas de sus conversaciones en *Los Analectas.* La doctrina confuciana fue la doctrina oficial del Estado durante la mayor parte del período de la China imperial. El humanismo confuciano se concentra en el hombre y basa su esperanza en el perfeccionamiento del individuo. En particular, se preocupa del hombre social, de su comportamiento y de su vida. Busca disolver al individuo en el conjunto de la Humanidad, y evitar los choques por medio de los ritos. Conduce al individuo a superarse a sí mismo, a fin de devenir un hombre social y civilizado.[49]

Cuniberti señala que una de las manifestaciones más sorprendentes de sus enseñanzas fue la instauración del reclutamiento de los funcionarios públicos por concurso, con el objetivo de poder seleccionar a los candidatos que contaran con la más alta moralidad. Esos concursos se llevaban a cabo cada 3 años y combinaban ensayos políticos, recitado de los clásicos y composición de poemas.[50]

El ***li*** y el ***fa.*** Confucio consideraba que el universo está ordenado naturalmente, ante lo cual la sociedad no debería tener necesidad de reglas si los hombres buscaran su lugar en el universo y se mantuvieran espontáneamente en él. "Cada uno tiene su lugar. Los astros siguen un curso preestablecido, al igual que todas las demás cosas, y más generalmente, la naturaleza. Sucede lo mismo con los hombres: existe un orden social tan natural como en el orden de las cosas." El pensamiento chino gira sobre la idea

---

[47] David aclara que el significado de los ritos en la sociedad china es diferente del occidental: "La palabra china que se traduce así evoca la idea de reglas de conducta decorosa, del modo de portarse un hombre honrado, de lo que se hace y está conforme con el sentimiento popular, la moral y el sentido común de la equidad. La sociedad humana vivirá armónicamente más por la observancia de los ritos y gracias a la música, que por recurrir a las normas jurídicas o a las leyes." David, René. *Tratado (…).* Op. cit. p. 377.

[48] "El postulado de sus fundamentos -al margen de cualquier dogma religioso- es que existe un orden cósmico que consiste en una recíproca interacción entre el cielo, la tierra y los hombres. Cielo y tierra obedecen a reglas inmutables; por su parte los hombres son los arquitectos de sus propios actos: de la manera en que se conduzcan va a depender el orden o el desorden en el mundo. La armonía de la que depende el equilibrio del mundo y la felicidad de los hombres abarca un doble aspecto. En primer término es una armonía entre los hombres y la naturaleza. El comportamiento de los hombres debe estar coordinado con el orden la naturaleza. (…) La armonía es necesaria en segundo término, entre los hombres. En las relaciones sociales es necesario identificar inicialmente la idea de conciliación y buscar el consenso. Toda condena, toda sanción, toda decisión de la mayoría deben ser evitadas. Los cuestionamientos deben ser 'disueltos' más que resueltos y ejecutados, la solución propuesta debe ser libremente aceptada por cada quien, en cuanto a que cada uno la considera justa; nadie debe tener por este hecho, el sentimiento de haber sido derrotado. La educación, la persuasión, deben estar situadas en primer plano, no así la autoridad y la amenaza". Capítulo I. El Derecho Chino. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 387.

[49] "El hombre tiene cuatro sentimientos innatos que son la fuente de la virtud: la sensibilidad del corazón que origina la virtud de la humanidad; la honestidad y la repulsión hacia el mal, por medio de lo cual comienza la virtud de la justicia; la modestia y el recogimiento, fundamentos del espíritu ritual; y el sentido de lo verdadero y de lo falso, que se halla en la base del discernimiento moral". Li, Xaoping. *L'esprit (…)* Op. cit. p. 19.

[50] Cuniberti, Gilles. *Grands systèmes (…)* Op. cit. p. 182.

principal del orden y de la armonía del universo como valor fundamental. Ese orden es el *li*, entendido como el conjunto de reglas que rigen tanto el movimiento de los planetas como las acciones del hombre, el hombre debe integrarse a la paz y armonía cósmica. El hombre debe tomar como modelo las reglas eternas del cielo y de la tierra.[51] Ese orden social natural le permite al hombre vivir en armonía con la naturaleza. Cada uno debería perseguir el *li* sin ser coaccionado, sólo lo debe guiar un sentimiento de honestidad que le señalará el camino a seguir.[52] La práctica del *li* hace nacer el espíritu de justicia (*yi)*, en tanto permite que los hombres acepten un reparto convencional de empleos y de recursos y la vía (*dao)* para que cada uno encuentre su lugar, está en la razón de cada uno.

Si todos buscaran conformarse al *li*, no habría necesidad de mantener un orden normativo externo como, por ejemplo, el orden jurídico. Sin embargo, la existencia de este último orden debe considerarse como un mal necesario. Ese orden jurídico es denominado *fa*, o sea el respeto a determinadas conductas por medio de reglas preestablecidas bajo el apercibimiento de sanciones. La palabra china *fa* tiene el mismo sentido que *lex*, ley o *gesetz*, puesto que en la antigüedad designaba especialmente al castigo. Salir del *li* es entrar en el castigo. El castigo está íntimamente vinculado al *fa*. El *fa* es coactivo y correctivo, es un instrumento o una medida de gobierno.

En la vida social china, el *li* es mucho más importante que la ley. Podemos afirmar que es en el *li* donde podemos encontrar la institución más característica y el secreto de la fuerza de la civilización china. Dice Xaioping Li que "los caracteres del *li* se explican por el hecho de que no ha sido el producto espontáneo de los hábitos populares sino que fue dictado por los emperadores, luego desarrollado y comentado por los sabios, y tanto unos como otros han visto en él, un medio de importancia capital para gobernar al Estado, regular las conductas humanas y educar al pueblo. De esta manera el *li* tuvo un lugar preponderante en la legislación china antigua por el motivo de que esas reglas son las que convienen seguir para todos los actos y en todas las circunstancias de la vida. Las prescripciones rituales han penetrado de tal manera en las costumbres y en las leyes, que muchas de ellas han tenido sanciones que las volvieron obligatorias y convertidas de esa manera en reglas de derecho". Y agrega: "el *li* en la antigua China, constituye un sustituto de la religión para regular las conductas de los hombres y para mantener la unidad de la sociedad. Los confucionistas no eran grandes creyentes, deseosos de dar una base social al *li*, en ningún momento pensaron en la religión. La moral y la razón les parecieron elementos suficientes".[53]

Como el *li* debe ser abrazado espontáneamente, frente a la posibilidad de que algunos no se conformaran a este modelo, debía entrar a actuar el *fa*, que en definitiva significa el fracaso o la ruptura con la armonía celeste. "Las leyes no constituyen el medio natural en la solución de controversias entre los hombres. La ley puede tener una función útil al proponer modelos de conducta a los hombres o formular amenazas contra quienes tuvieren una conducta antisocial, pero no por ello debe concluirse que la ley debe obedecerse al pie de la letra; una gran discreción debe ser ejercida en su aplicación y en su ejecución. El

---

[51] "El *li* juega un doble rol. Por un lado, sirve para educar y encauzar al pueblo, es decir, hacerle saber lo que debe hacer y lo que debe evitar hacer, contenerlo dentro de límites fijos, hacerlo obediente a las autoridades. Por otro lado, tiene por misión retener al príncipe en el camino recto, limitar su arbitrariedad. Cada individuo, desde el emperador hasta el último hombre del pueblo, debe comportarse de una manera apropiada a su situación social mediante la observación del *li*, el cual dicta a cada uno los gestos y las palabras que debe tener, y los actos que debe cumplir. Eso es lo que significa gobernar por el *li.* Li, Xiaoping. *La civilisation chinoise et son droit.* RIDC. 1999. 2. p. 524.

[52] Op. cit. p. 182.

[53] Li, Xiaoping. *La civilisation chinois et son droit.* RIDC. 1999. 3. p. 516.

ideal consiste en que las leyes jamás deban ser aplicadas, y que los tribunales no tengan jamás que pronunciar sentencias."[54] Por tanto, la ley estaba ubicada sobre un plano subsidiario, lo que importa es el orden ético general, a diferencia de lo que ocurre en Occidente donde la norma legal tiene un papel destacado y hasta monopólico.

## EL DERECHO CHINO

China imperial. Se trata de un lapso de tiempo de cuatro mil años. El Derecho chino se remonta hasta la dinastía Tang, entre los s. VII y X d. c.[55] la que elaboró un Código que sería seguido con modificaciones, por las 4 dinastías subsiguientes. Un respeto irrestricto a los textos condujo a la intangibilidad de los mismos y a una esclerosis y apartamiento de la realidad. Para evitar esa situación, o por lo menos para que no se agravara, cada dinastía publicaba textos complementarios o comentarios oficiales, que en cierta medida actualizaban los textos antiguos.

A todo esto hay que señalar que el Derecho chino se concentraba sobre todo en las necesidades del soberano y de su administración. No cubría por ende, al conjunto de las relaciones entre las personas privadas, quienes no eran consideradas como relevantes para ese Derecho. Con tal motivo, podría decirse que hubo una especie de hipertrofia del Derecho público y un menosprecio por el Derecho privado. Bajo el período Qing, se ingresa en la regulación de las sucesiones, de los inmuebles, del matrimonio y de las deudas, pero el enfoque estuvo basado en interdicciones, dotadas de sanciones penales para el caso de su violación. Según la tradición china, cuando generalmente se habla de Derecho, se habla de Derecho penal: en la mentalidad china el Derecho no es otra cosa que un instrumento de castigo de los criminales. El Derecho civil no tuvo una posición autónoma respecto del Derecho penal, y como hemos dicho, las controversias se resolvían mediante castigos penales: el Derecho penal ocupaba una posición dominante.[56]

Debido a esa prescindencia de la época imperial por la regulación de las relaciones privadas, la sociedad civil creó sus propias reglas y modos de resolución de los conflictos de naturaleza consuetudinaria. Estas condicionantes hicieron que floreciera el pluralismo jurídico, porque además había interés en alejar al Estado de los litigios para evitar los impuestos y costas elevadas que generaba todo juicio. Debido a la influencia del pensamiento confuciano, la sociedad china rechazó y rechaza aún, resolver de litigios ante un magistrado, donde cada parte estuviera asesorada por un abogado o experto en Derecho; más bien se prefirió la conciliación y la mediación como forma más adecuada de restaurar la armonía perdida. Diálogo y tolerancia son los dos objetivos a perseguir ante la presencia de un conflicto.

Sandro Schipani resume las características del Derecho chino de la siguiente manera:

- la unidad de los "ritos" (*li)* y del castigo (*xing*);

---

[54] "El pueblo chino vive normalmente al margen del Derecho. No se interroga cuáles reglas son formuladas por las leyes, no recurre a los tribunales, regula sus relaciones con sus semejantes conforme a su noción de lo que es conveniente, sin reivindicar derechos, pero con el ánimo de conciliación y de la armonía". El Derecho chino. Op. cit. p. 388.

[55] El código de la dinastía Tang es el que se ha conservado hasta el día de hoy, pero se ha hallado parte de un Código de la dinastía Qin del s. III. Por lo general, los códigos de la dinastía Tang en adelante contenían una parte relacionada con el Derecho criminal y otra con el Derecho administrativo, el Derecho civil sólo adquiere relevancia a través de las sanciones penales.

[56] Anling, Fei. *Gli svilupp del diritto cinese dal 1911 fino ad oggi. Lineamenti di una análisis relativa al diritto privato.* Roma e America. Diritto Romano Comune. 2007. 23. p. 113.

- la derivación de la ley del soberano;
- la falta de igualdad de las personas ante la ley;
- la unión de la administración y la jurisdicción;
- la ausencia de una dialéctica entre un Derecho ideal y el Derecho efectivo;
- la búsqueda de la conciliación sobre la base de un radical enfoque tendente a evitar el procedimiento judicial;
- la administración atraviesa la moral según tres principios: generosidad y comprensión por el otro, enseñar y persuadir, bondad y rigor.[57]

La caída del Imperio. En el año 1912 cae el Imperio, un acontecimiento que ya se preveía, pues su debilidad no era sólo en lo interno sino también respecto de las potencias extranjeras de entonces, que habían impuesto el sistema de concesiones, una especie de tierra extraña dentro de China, gobernada y administrada por holandeses, franceses, ingleses, etc.[58] Con la caída del Imperio se proclamó la República, y fue elegido como primer presidente con carácter provisorio Sun Yat-sen, quien fue desplazado por el General Yuan al proclamarse Emperador en el año 1914. Duró poco en el cargo, ya que murió en el año 1916. A partir de ese momento China ingresa en un tiempo de gran inestabilidad. El Partido Nacionalista o *Guomitang* tomó el control del poder, pero unos tres años más tarde los japoneses invaden primero Manchuria y luego el resto de China, generándose además, una guerra civil entre los nacionalistas dirigidos por Chang Kaishek y los comunistas que inician la Gran Marcha al mando de Mao Zedong. Estos últimos obtuvieron el triunfo haciéndose del poder, ante lo cual los nacionalistas tuvieron que refugiarse en la isla de Taiwán, la que pasó a denominarse China Nacionalista.

Si bien en el agonizante final de la dinastía Qin se habían sancionado tres códigos inspirados netamente en los códigos europeos (Código de Comercio en 1903, Código Penal en 1910 y Código Civil de 1911),

---

[57] Los valores provenientes de las distintas escuelas filosóficas que han constituido el Derecho chino antiguo, son: lealtad y piedad filial, humanidad y justicia, honestidad y honor, integridad moral; y los derivados de la escuela confuciana: identidad entre familia y Estado, respecto por lo público en detrimento de lo privado, la importancia de la posición social, el principio que considera que los ritos son lo principal y el castigo es complementario. Schipani, Sandro, Il diritto romano in Cina. Roma e America. Diritto Romano Comune. 1995. 5. p. 232.

[58] Entre China y el Reino Unido se produjeron dos guerras: en 1839 la primera, que duró 3 años; y en 1856 la segunda, que duró 4 años. La causa del enfrentamiento armado se debió a que el Reino Unido alentaba el contrabando de opio desde la India Británica hacia China, país que había impuesto un conjunto de leyes en 1829 contra el tráfico y consumo de drogas, y como consecuencia de dichas leyes se quemaron 20.000 cajas de opio de 70 Kls. cada una y se le envió una carta a la Reina Victoria intimándole a que respetara las reglas del comercio internacional que prohibían la comercialización de sustancias tóxicas. Francia apoyó a Inglaterra en la segunda guerra del opio, y en las dos guerras China resultó derrotada, lo cual forzó al Imperio chino a tolerar el comercio de dicha sustancia. De esta manera El Reino Unido equilibraba sus cuentas fiscales debido a que si bien apetecía las porcelanas, las sedas y otros insumos chinos, los productos ingleses no eran atractivos para los chinos, ante lo cual tenían que pagar con dinero en efectivo. A partir de la derrota, China se vio obligada a recibir opio producido en otras regiones del *Commonwealth*, en pago de las mercaderías que vendía. Además, se vio obligada a firmar varios Tratados (entre ellos el de Nanking) notoriamente desequilibrados, abriendo varios puertos al comercio exterior –no sólo el de Cantón que era el único que la dinastía Qing permitía, debido a que no quería tener contacto con el mundo exterior- y se le obligó a entregar Hong-Kong a Gran Bretaña y Macao a Portugal. La situación fue claramente humillante y así lo sintió la sociedad china que no toleró ni la intromisión en sus asuntos por potencias extranjeras, ni tampoco la debilidad demostrada por la Dinastía Qing, la cual cayó en 1911, marcando el fin de las dinastías imperiales. Además de abrir varios puertos al comercio exterior China debió soportar el reconocimiento de concesiones (territorios arrendados o cedidos a otro país donde los chinos no podían ser propietarios y eran considerados ciudadanos de segunda) y asentamientos coloniales (municipalidades autónomas donde los chinos podían tener propiedades e integrar la administración) dentro de los cuales se reconocía extraterritorialidad a los súbditos extranjeros, quienes tenían tribunales mixtos para resolver los conflictos que pudieran presentarse entre chinos y extranjeros y a permitir la presencia de destacamentos militares bajo el pretexto de proteger a sus nacionales. Las concesiones le fueron reconocidas a numerosos países: Estados Unidos de América, Reino Unido, Francia, Japón, Holanda, Suiza; y en algunas ciudades, como Shangai, llegaron a haber nueve. Otras eran administradas en forma conjunta por dos países.

entre los años 1928 y 1935 China comienza una etapa de occidentalización de su Derecho al sancionar Seis Códigos o Seis Leyes (Civil, Penal, de Comercio, de Procedimientos Civiles y de Procedimientos Penales), con una pronunciada influencia alemana y japonesa. Por vez primera se regula con una cierta exhaustividad el Derecho civil y el Derecho comercial. Por ejemplo, el Código Civil de 1929 fue modelado esencialmente sobre la base del Código Civil alemán y del Código de las Obligaciones suizo. La percepción del Derecho cambia sustancialmente al consagrarse derechos subjetivos, y no sólo obligaciones civiles sancionadas penalmente.

La implementación de una economía colectivizada. Pero al ascender los comunistas al poder el 1 de octubre de 1949, el enfoque fue bien diferente. Los comunistas consideraban al Derecho como una herramienta más para la explotación de las clases más desfavorecidas y quisieron transformar súbitamente la mentalidad china derogando todas las leyes, decretos y tribunales existentes. Sin embargo, el Derecho no es dejado de lado sino que cambia la entidad que lo controla: de ahora en más será el Partido Comunista. Se ataca a la burguesía, numerosas empresas se estatizan, se realiza una profunda reforma de la propiedad de la tierra buscando organizar al campesinado en cooperativas y luego en comunas populares, que combinaban agricultura, industria, comercio, educación y asuntos militares. En ese momento la Constitución imitó el modelo soviético de la URSS de 1936, entonces su aliada. "El principio de legalidad terminó por ser cuestionado severamente; numerosos ataques que se formularon entre 1952-1953 resultaron devastadores; *verbi gratia:* en contra de la separación del Derecho y de la política; en contra de la independencia de los jueces; en contra de la igualdad de todos ante la ley; en contra del formalismo; en contra del principio de la irretroactividad de las leyes; en contra del principio *nulla poena sine lege;* y en contra del principio de prescripción".[59]

Durante el apogeo del gobierno de Mao hay un apartamiento del modelo soviético, produciéndose una ruptura total en el año 1960. Se abre la posibilidad de que cualquier ciudadano pudiera realizar críticas sobre otros ciudadanos -especialmente los juristas, intelectuales y estudiantes- los cuales serán reprimidos y destinados a trabajos forzados en el campo, bajo el pretexto de una "reeducación en los valores socialistas". La resolución de los conflictos se concentra en el Estado o en el Partido. En los años 60 Mao intentó profundizar los cambios con la Revolución Cultural, en la que los Guardias Rojos cumplieron un papel central buscando erradicar cualquier vestigio burgués en la población, intentando impedir cualquier creación de élites, realizándose con tal motivo profundas y destructivas purgas, quemándose y destruyéndose todo libro que no elogiara al socialismo.

La implementación de una economía socialista de mercado. El daño provocado a la sociedad china por esta Revolución Cultural y Proletaria promovida por Mao fue enorme. Mao fallece en setiembre de 1976 y a partir de ahí Den Xiaoping –caído en desgracia y confinado a trabajos reeducativos durante la época maoísta- toma el poder e intenta reestablecer el imperio del Derecho y la sustitución de la economía planificada por una economía de mercado, especialmente a partir de la visita que realizó a los Estados Unidos de América en el año 1978. Se apresa a "La banda de los cuatro", conformada por la viuda de Mao -Chang Ching- y sus más cercanos colaboradores y, una vez libre, la viuda de Mao se suicida.

[59] Derecho chino. Op. cit. p. 393.

Los problemas de los ciudadanos siguen siendo resueltos bajo un ángulo ideológico. Lo que interesa es aplicar y que se respeten las políticas del Partido Comunista. Se trabaja a favor de un centralismo "democrático", mediante una organización piramidal que encuentra en la cima al Estado. Este enfoque centralizador persistió durante el gobierno de Den Xiaoping hasta el día de hoy, aun cuando, intentando revitalizar la economía dicho gobernante comenzó un proceso de descolectivización del país. Si bien los campesinos no eran propietarios de sus tierras, podían vender libremente sus cosechas; podían crearse empresas privadas tanto por parte de los chinos como de los extranjeros.

China pasó a integrar los principales organismos internacionales, especialmente los referidos al comercio internacional, como por ejemplo la OMC. y ha llevado a cabo en estas tres últimas décadas un trabajo de institucionalización y codificación realmente notable. Al día de hoy China vive un extraordinario proceso de cambio, intentando extraer todos los beneficios que la economía de mercado genera. "El país está en vías de transición de una economía planificada a una economía de mercado, de una sociedad rural a una sociedad urbana, de una autarquía a la interdependencia económica internacional, todo ello con miras a su plena integración en el sistema global."[60]

China y los derechos humanos fundamentales. Se afirma en forma reiterada, que no podemos evaluar la situación jurídico-política china basándonos en los conceptos occidentales sobre el individuo o la sociedad, sobre el imperio de la ley, sobre el racionalismo y el individualismo, sobre el concepto de democracia y del Estado de Derecho. El principio de la separación de poderes, por ejemplo, es prácticamente desconocido en la historia china; en Occidente en cambio, constituye un axioma indiscutible el principio de separación de los poderes y de la independencia de los jueces respecto del poder político.

Hay una opinión ampliamente compartida en Occidente y resumida por Jaume Giné Daví en cuanto a sostener que "el retorno del Derecho a China no se ha traducido ante los ojos occidentales, en la aparición inmediata de un Estado de Derecho. Este concepto, que es evolutivo, no es definido o entendido por las autoridades chinas de igual modo que en Occidente." En primer lugar, debido a la fusión existente entre el Estado y el Partido Comunista chino, lo cual lleva a que las leyes todavía no representen un límite al Estado-Partido, existiendo una confusión de poderes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

En segundo término, el Estado socialista prioriza los derechos colectivos sobre los individuales, lo que cual se plasma en la ratificación de los Tratados que versen más sobre el primer aspecto que sobre el segundo.

Por último, el Poder Judicial tiene notorias deficiencias en cuanto a la preparación de sus magistrados, situación que está en vías de revertirse al existir en la actualidad más de 300 Facultades de Derecho y la posibilidad de que los estudiantes y profesionales chinos puedan especializarse en Europa y los E. U. de A.[61]

Estructura política de la República Popular China. Las leyes fundamentales entran dentro de la competencia de la Asamblea Nacional Popular, que abarca: infracciones penales, asuntos civiles, organización del Estado y de la economía, expropiaciones, el contencioso estatal y el arbitral. Las otras leyes derivan del Comité Permanente de la Asamblea Nacional.

---

[60] Daví, Jaimé Giné. *Derecho y la cultura de los negocios en China.*

[61] Daví, Jaime Giné. Op. cit.

Pero la fuente formal más importante desde el punto de vista normativo reside en el Consejo de Asuntos del Estado, el cual además reglamenta las leyes fundamentales cuando lo considere necesario, detentando la supervisión de numerosos Ministerios. Generalmente el Consejo actúa como preparador de proyectos de leyes importantes, que luego serán votadas en la Asamblea Nacional o en el Consejo de Asuntos del Estado.

Sobre el plano local tenemos a las Asambleas Populares Locales y a los Gobiernos Populares Locales de provincias, regiones autónomas y ciudades importantes, con facultades para llenar los vacíos que no ha cubierto el poder central, las cuales si bien dependen de este último, la inmensidad del territorio chino y el número de su población conduce en los hechos, a un cuasi-federalismo en la organización política china.[62]

La evolución jurídica. China no hubiera podido dar el salto económico si éste no hubiera estado acompañado por una profunda reforma jurídica. El enfoque iusnaturalista del creador del taoísmo, Laozi o Lao Tse, según el cual el hombre debe seguir las reglas de la naturaleza aun cuando no hayan reglas escritas, no puede aplicarse a una sociedad cada vez más complicada, que necesita de normas que guíen el desarrollo del país, aun cuando la proliferación de tantas leyes ha permitido constatar un cierto desorden normativo en sus continuas reformulaciones. Pero como decía Den Xiaoping "hay que cruzar el río, saltando de piedra en piedra".[63]

La Constitución. Desde el mismo momento de la caída de la dinastía Qing se sintió la necesidad de que el país tuviera una Constitución y en el año 1911 se aprobó un Estatuto Provisorio de la República China, con funciones de Constitución, proceso constituyente que termina abruptamente en 1927. Rechazando el modelo francés de la necesaria presencia de los tres poderes, el gobierno nacionalista se basó en cinco poderes -legislativo, administrativo, judicial, órgano competente para los exámenes y concursos públicos, y la censura, con amplias facultades de supervisión y control- la Constitución entró en vigencia en el año 1937. De todos modos hay que especificar que durante el período nacionalista, el partido comunista chino había conquistado partes extensas del territorio y había promulgado leyes, independientemente del gobierno nacionalista, todo lo cual fue considerado como un campo de ensayo para el momento en que el partido pudiera asumir el poder.

En 1928 el gobierno nacionalista promulga un Código Penal, influenciado por los proyectos de reformas legislativas elaborados bajo la dinastía Qing: quedó abolido el castigo corporal, se redujo notablemente la aplicación de la pena de muerte, el castigo no fue mirado más como el objetivo sino como un instrumento de reeducación, se establecieron los elementos constitutivos del delito para cada categoría, y los casos en los cuales el imputado debía ser absuelto por falta de capacidad para asumir la responsabilidad penal, se consigna que las causas que justifican la actitud eximen de la culpa, se admite la suspensión provisional de la condena, y se pretendió un equilibrio entre la posición del acusado y la del acusador.[64] El Código Penal de 1996 reconoció en el art. 12 por vez primera, la presunción de inocencia.

La Constitución vigente en la actualidad incluye los cuatro principios fundamentales defendidos por Deng Xiaoping: "la afirmación del proyecto socialista, el mantenimiento de la dictadura democrático-popular, la referencia específica al marxismo-leninismo, y la función primordial atribuida al Partido Comunista chino". Si bien la tierra pertenece al Estado, se le permite al agricultor cultivarla para uso privado (art. 8).

---

[62] Cuniberti, Gilles. *Grands Systèmes (…)* Op. cit. p. 220.
[63] Xiao-Ying Li-Kotovtchikhine. *La réforme du droit chinois par la codification.* RIDC. 2000. 2. p. 529.
[64] Anling, Fei. *Gli sviluppi (…)* Op. cit. p. 117.

Se proclaman los derechos de los ciudadanos a la libertad de expresión, de prensa, de reunión, de asociación y de manifestación, el derecho al trabajo, al descanso, a la instrucción, y a interponer recursos contra los actos estatales y a reclamar las indemnizaciones correspondientes.

Por primera vez se declara que el Poder Judicial será un poder independiente de cualquier órgano administrativo o político. Se reconoce la importancia de la economía "no pública" y se la protege de diferentes maneras. En apariencia estamos ante la emergencia de un Estado de Derecho, en la medida que la República Popular China se gobierna de conformidad con la ley y tiene por cometido la construcción de un país socialista gobernado por la ley (art.5).

De acuerdo a los dictados de la Constitución, y de la Ley del año 2000 sobre legislación, la jerarquía establecida en el ordenamiento jurídico chino es la siguiente: Constitución, leyes, reglamentos del Consejo y reglamentos locales. La Constitución ha sido enmendada varias veces, y en el año 2004 se la modificó para reconocer la propiedad privada y para esbozar una protección de los derechos del hombre, aun cuando no se ha previsto aún, la libertad sindical ni el derecho a la huelga.

El objetivo trazado por los últimos gobernantes chinos es crear un sistema socialista de economía de mercado, donde si bien el ámbito estatal o colectivo es importante, el Estado puede requisar los bienes raíces colectivos y conceder su uso a las empresas privadas. Además, la propiedad privada abarca: el dinero, los valores muebles, los bienes muebles y las construcciones que se realicen. Quien sea propietario podrá usar el objeto de su propiedad, percibir sus frutos, arrendarlo, enajenarlo, disponer de él a título gratuito y transmitirlo por herencia. En materia contractual rige el principio de la buena fe, que incluye no sólo la contemplación de los intereses de las partes sino también una dimensión colectiva.[65]

De acuerdo al art. 1 de la Constitución: la República Popular China es un Estado socialista de dictadura democrático-popular, dirigida por la clase obrera y basada en la alianza de obreros y campesinos. El régimen socialista es el sistema fundamental de la República Popular y se prohíbe a cualquier organización o individuo que ataque al régimen. El Partido Comunista chino tiene la dirección efectiva del país, el cual cuenta con un Comité Central. Sigue siendo entonces, un país sometido a la "dictadura del proletariado", donde el poder político sigue estando en manos del Partido Comunista.

En cuanto a la organización judicial, tenemos en primer lugar a la Corte Suprema. Los jueces –unos 200.000- acceden al cargo previo cumplimiento de un examen no muy profundo, y por lo general se exige que tenga un diploma en enseñanza superior aunque no necesariamente en Derecho. El juez chino no tiene ningún estatuto particular -como el de la inmovilidad- y los integrantes de la magistratura toman el cargo como una de las etapas posibles en su carrera pública, que puede llevarlos a través de los numerosos Ministerios de que dispone el país. En la actualidad se va camino a su especialización, exigiéndose que tenga 23 años de edad como mínimo y un título universitario en Derecho, pero aun están expuestos a un alto grado de corrupción, donde el *Guangxi* –entendido como aprovecharse de los contactos o incluso aceptar comisiones indebidas- tiene una amplia vigencia.

A diferencia del régimen occidental -donde se entiende al juez como aplicador del Derecho- la Corte Suprema en China puede dictar normas generales y abstractas; recordemos que en la época imperial la justicia era llevada a cabo por los administradores del poder central. La Corte Suprema no sólo tiene una función jurisdiccional sino también una función muy importante de carácter para-legislativo que consiste

[65] Legeais, Reymond. *Grands systèmes (…)* Op. cit. p. 225.

en lo siguiente: si se presenta un problema de interpretación de una determinada norma legal, la Corte emite una opinión, que no sólo tiene influencia sobre el tribunal que la ha reclamado sino también sobre toda la sociedad, al ser publicada en el Diario Oficial de la Corte. Por otro lado, la Corte selecciona determinados casos judiciales que considera importantes y los publica en el Diario Oficial, y los jueces inferiores deben seguir los criterios de la decisión judicial publicada. Persiste igualmente la influencia del Partido Comunista, el cual controla y aprueba los distintos nombramientos; en todos los tribunales existen Comités del Partido que controlan las actividades; y el Comité Político Legal da las directrices políticas que debe seguir el tribunal correspondiente.

Las principales leyes aprobadas. En las dos últimas décadas se ha producido una efervescencia legislativa, y comenzaron a aprobarse una serie de leyes de suma trascendencia, que le cambiaron radicalmente la faz al ordenamiento jurídico chino. Damos a continuación una lista de las principales:

1986- Principios generales de Derecho Civil de 12 de abril de 1986;
1991- Ley de adopciones de 19 de diciembre de 1991;
1995- Ley sobre garantías de 30 de junio de 1995;
1999- Ley sobre contratación de 15 de marzo de 1999;
1999- Ley de empresas de propiedad individual de 30 de agosto de 1999;
2001- Ley de la propiedad intelectual de 27 de octubre de 2001;
2001- Ley de matrimonio de 28 de abril de 2001;
2004- Ley sobre instrumentos negociables de 28 de agosto de 2004.
2004- Ley de compra de acciones de 28 de agosto de 2004;
2004- Ley de sociedades de 27 de octubre de 2005;
2005- Ley de valores de 27 de octubre de 2005;
2006- Ley de sociedades comerciales de 27 de agosto de 2006;
2006- Ley de quiebras de empresas de 27 de agosto de 2006:
2007- Ley de contratos de trabajo de 29 de junio de 2007;
2007- Ley sobre derechos reales de 16 de marzo de 2007; y
2009- Ley de seguros de 28 de febrero de 2009.
2010- Ley de derecho internacional privado de 28 de octubre de 2010.

En líneas subsiguientes daremos algunos trazos de las principales leyes antes citadas. A pesar de este importantísimo avance normativo sobre temas que hacen a un Estado moderno, que busca integrar a China a las corrientes comerciales y principios fundamentales, la población en parte ha quedado ajena a este movimiento de actualización, y sigue basándose en la costumbre y la mediación, imposible de erradicar en un país tan vasto y con tantas diferencias étnicas y lingüísticas. Al día de hoy su sistema jurídico puede considerarse ecléctico, en cuanto oscila entre la herencia confuciana, el legado socialista y la inserción en el mundo capitalista del s. XXI.

Ley sobre los principios generales del Derecho Civil. Esta ley fue aprobada el 12 de abril de 1986 y viene a cumplir las funciones de un Código Civil, ante la imposibilidad de redactar uno. Consta de 156 artículos divididos en 9 Capítulos. Su contenido es importante, comprende: los principios básicos, la regulación de la persona física, las personas jurídicas, los actos civiles y la agencia, los derechos civiles (derecho de propiedad, derecho de las obligaciones, derecho de propiedad intelectual y derecho de las

personas), la responsabilidad civil, sus limitaciones, una parte específica de derecho internacional privado, y disposiciones complementarias. Como puede observarse adoptó muchos conceptos propios del Derecho Romano y del Derecho continental europeo, tales como el concepto de persona jurídica o el de negocio jurídico. Los principios civiles y comerciales fueron unificados, ante lo cual los Principios también resultan aplicables al campo mercantil, salvo que se haya aprobado una ley especial sobre determinado aspecto. En la actualidad se ha elaborado por el Profesor Jiang Ping un proyecto de Código Civil que consta de 1.209 artículos con 9 Partes, donde se recogen los aspectos principales de los Principios Generales, y las leyes ya dictadas en materia de matrimonio, adopción y sucesiones, más la parte contractual. La doctrina china está conteste en aceptar una mayor incidencia del *common law*, con la finalidad de evitar la rigidez de los códigos europeos continentales.[66]

Dada la extensión de esta ley, únicamente examinaremos algunos aspectos salientes de la misma. En cuanto a las personas físicas establece la mayoría de edad a los 18 años. Pero antes, marca una serie de etapas a través de las cuales los menores de edad van adquiriendo ciertas capacidades. Los menores de 10 años carecen de capacidad de ejercicio y deberán actuar a través de sus representantes legales. Los mayores de 10 años podrán tener una capacidad limitada y "participar en actividades civiles apropiadas para su edad y el intelecto y en otras actividades civiles, y estarán representadas por su representante legal o podrán participar directamente con el consentimiento de este último". Los mayores de 16 años serán considerados con plena capacidad civil en caso de que su principal fuente de ingresos sea su propia mano de obra.

Se considera domicilio al lugar donde tenga registrada su residencia, y si su residencia habitual no es la misma que su domicilio, se considerará en forma privilegiada a su residencia habitual. (art. 15).

Respecto de las personas jurídicas se considerará tal, toda organización con capacidad civil que actúe con independencia y pueda asumir obligaciones de conformidad con la ley. La capacidad se adquirirá cuando la persona jurídica haya completado su trámite constitutivo, para ello deberá dar los siguientes pasos: establecerse conforme a la ley, poseer bienes o fondos necesarios, detentar un nombre propio, organización y locales, y la capacidad de soportar en forma independiente su responsabilidad civil. El domicilio de una persona jurídica será el lugar donde está ubicada su sede administrativa (art. 39).

La parte de los derechos civiles es muy importante: el art. 71 reconoce el derecho de propiedad, que comprende la posibilidad de poseer, usar, aprovecharse y disponer de su propiedad. Y en cuanto a los derechos de la persona, reconoce el derecho a la vida y a la salud (art. 98; al nombre (art. 99); a la reputación (art. 101); al honor (art. 102); al matrimonio sin coacciones (art. 103); y a la igualdad de derechos civiles entre el hombre y la mujer (art. 105). Además, declara que el matrimonio, la familia, los ancianos, las madres, los niños y los discapaticados serán protegidos legalmente.

El Capítulo VIII contiene normas sobre Derecho internacional privado. El art. 142 reconoce el monismo internacional, o sea la primacía de los Tratados sobre la ley interna; la eficacia extraterritorial de los juicios extranjeros (art. 143); la aplicación de la *lex rei sitae* a la propiedad inmueble (art. 144); reconoce el ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable en relación con los contratos, salvo que se esté en presencia de una norma rigurosamente imperativa, y para el caso de que las partes no

[66] Los principios más destacados que surgen de la ley son: unificación en la regulación de los contratos civiles y comerciales; la libertad contractual; la tutela de los intereses de los acreedores; una redacción que facilita la aplicación de la ley.

hubieren acordado nada, se recurrirá al criterio de los vínculos más estrechos (art. 145); reconoce la aplicación de la *lex loci delicti commissi* en materia de responsabilidad extracontractual, salvo que las partes tengan una nacionalidad o un domicilio común, pero China no le concederá eficacia extraterritorial a una responsabilidad reconocida en el extranjero respecto de actos considerados lícitos por el Derecho chino (art. 146); el matrimonio se regula por la ley del lugar de su celebración y, en caso de divorcio, por la ley del lugar donde se presenta la demanda (art. 147); las reclamaciones alimentarias de la esposa luego del divorcio se regularán por la ley del país con el cual la esposa estuviere más estrechamente conectada (art. 148); las sucesiones muebles se rigen por la ley del último domicilio del causante, y en el caso de bienes inmuebles por la *lex rei sitae* (art. 149); y cierra las disposiciones con el art. 150 que reconoce la posibilidad de interponer por parte de los magistrados chinos, la excepción de orden público internacional.

Ley sobre el derecho de propiedad. El concepto de derecho real aparece en China recién en los últimos 100 años, antes de esa etapa no existía el concepto de los derechos reales en el sentido moderno de la expresión. Ante esa situación, las nuevas leyes trataron de cubrir tres objetivos: en primer lugar, construir un sistema de derechos reales lo más completo posible incorporando el sistema dual que reconocía por un lado el derecho de propiedad, y por el otro los derechos reales sobre la cosa de otro, adecuando estos últimos a la realidad china; en segundo término, pensar en un sistema que tutelase los intereses de los sujetos que usaren, gozaren, etc. de la cosa, pero que tuvieran en consideración a los campesinos; y por último, reducir la intervención administrativa ante los cambios de propiedad y de titularidad de los derechos reales, perfeccionando para ello el sistema de registración de los bienes inmuebles.

La ley de 16 de marzo de 2007, que entró en vigencia el 1 de octubre de 2007 reconoce por primera vez en la historia de China, el derecho de propiedad, combinado con lo consignado en el art. 3, en su parte final, que reconoce la economía social de mercado. A ello se agrega, la obligación del gobierno, de pagar una compensación justa en los casos de expropiación de la propiedad privada. El Profesor Lihong Zhang señala que esta ley tiene las siguientes características: es una ley socialista sobre los derechos reales que apunta a proteger tanto la propiedad estatal, como a la colectiva y a la privada, ubicadas prácticamente todas sobre un pie de igualdad. Se reconoce el derecho de los sujetos privados de contratar tierra rural, el derecho a usar tierra perteneciente al Estado para construir y lo mismo en el caso de tierra colectiva. Estos derechos son prorrogables y transferibles. Está prohibido dar en hipoteca tanto la propiedad de la tierra como el derecho de uso de la tierra colectiva –salvo que la ley estipule lo contrario- asimismo se prohíbe el derecho de uso de cualquier entidad educacional, médica u otra que ataña al interés público.[67] La ley incluye algunas instituciones propias del *common law*, como el crédito hipotecario y la prenda flotante, y reconoce la práctica de hipotecar una propiedad que esté aún en construcción, como un edificio, un barco o un avión, e incluso bienes muebles futuros. Todos los derechos reales se inscribirán en un Registro único, lo cual contribuye a darle confiabilidad al sistema.

Begoña de Suso agrega que "no deja de sorprender que en China, un país donde en estos momentos ya cualquier persona puede ser propietaria de su coche, de su empresa, y de su dinero, sigue sin poder tener

[67] Zhang, Lihong. *Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino.* Revista Chilena de Derecho. Vol. 36. No. 3. 2009. p. 486.

la propiedad del suelo sobre el que se encuentra su casa, que pertenece y seguirá perteneciendo al Estado chino. En China todo el suelo localizado en zonas urbanas pertenece al Estado, y el que se encuentra en zonas rurales pertenece en principio a las organizaciones económicas colectivas. No obstante lo anterior, las personas físicas y jurídicas pueden poseer el derecho de uso del suelo (*land use right*), durante un tiempo que dependerá de cada concesión y que estará en función del uso del correspondiente suelo (residencial, industrial, educativo, etc.)."[68] Hay una renovación automática del derecho de uso del suelo residencial, cada chino es propietario del derecho de uso de su vivienda, pero no está claro qué ocurre en materia comercial o industrial.

Ley sobre contratos. Los principios fundamentales sobre los que se basa son los siguientes: libertad, estableciéndose que toda restricción a la libertad contractual es ilegal (art. 3); igualdad, donde se declara que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente su propia voluntad (art. 4); la equidad, que señala que la determinación del contenido del contrato debe respetar la justicia entre las partes (art. 5); la buena fe, que debe imperar en el contrato, el cual no debe ir contra la justicia social (art. 6); y el orden público, el cual no debe ser violado (art. 7).

Ley de derecho internacional privado. China es una de las principales potencias del mundo, por tal motivo necesariamente debe contar con normas de derecho internacional privado que posibiliten la determinación de la ley aplicable y del juez competente en los casos con elementos extranjeros. China es Parte en numerosas Convenciones internacionales, entre las más importantes tenemos a la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, y la *Convención de Nueva York sobre reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras*.

La Ley de Derecho Internacional Privado fue aprobada el 28 de octubre de 2010 y entró en vigor el 1 de abril de 2011. Es la primera vez que China adopta una ley orgánica sobre conflicto de leyes. Como hemos comentado, algunas disposiciones regulando las relaciones privadas internacionales ya habían sido implementadas en la ley sobre Principios Civiles, pero esta nueva ley es mucho más desarrollada en cuanto tiene 51 artículos divididos en 7 Capítulos. Las anteriores disposiciones no fueron derogadas sino que se establece la aplicación prioritaria de esta ley de derecho internacional privado (art. 2 y 51). Si no hubiera ninguna solución legal, se recurrirá al criterio de los vínculos más estrechos (art. 2).

Se reconoce ampliamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable a todas las relaciones civiles internacionales, salvo que estemos ante la presencia de normas rigurosamente imperativas. (art. 3 y 4). También se reconoce la posibilidad de aplicar la excepción de orden público internacional (art. 5).

También soluciona la aplicación del Derecho en la hipótesis de Estados plurilegislativos, solucionándolo haciendo aplicable el Derecho de la región del país seleccionado que se halle más estrechamente conectado.

Se reconoce la calificación *lege fori* (art. 8). Y no se admite el reenvío internacional (art. 9). Hay obligación de aplicar el Derecho extranjero cuando la regla de conflicto así lo determine, pero si una de las partes elige como aplicable un Derecho extranjero tiene la obligación de colaborar en su conocimiento (art. 10). Para el caso de que sea imposible conocerlo, se aplicará subsidiariamente el Derecho chino.

---

[68] De Suso, Begoña. *La nueva ley sobre el derecho de propiedad en China*. Observatorio Iberoamericano Asia-Pacífico.

La capacidad se regula por la ley de la residencia habitual de la persona física (art. 11). Si una persona es incapaz de acuerdo a la ley de la residencia habitual pero capaz en el lugar donde se otorgó un acto civil, primará el criterio de favor y se la considerará para ese acto, como capaz (art. 12). La declaración de ausente o de muerte de una persona se regulará por la ley del lugar de su residencia habitual. (art. 13).

En el caso de personas jurídicas se recoge la doctrina de la incorporación, lo cual implica que se aplicará la ley del Estado donde la persona jurídica haya completado los trámites para adquirir la personería.

De conformidad con el art. 18, las partes pueden convenir el derecho aplicable a su convenio arbitral, y en caso de no hacerlo, se aplicará la ley del lugar donde el arbitraje tenga lugar.

Para el caso que sea necesario determinar la nacionalidad de una persona en los actos civiles porque la ley así lo exija, si ella tiene más de una nacionalidad, se preferirá aquella que coincida con su residencia habitual (art. 19).

Las calidades para contraer matrimonio se regirán por la ley de la residencia habitual común de los contrayentes, y en caso de no tenerla, por la ley de la nacionalidad común, y en caso de no haberla, por la ley del lugar de celebración (art. 21). Hay un criterio de *favor matrimonii,* por cuanto el matrimonio válido en cuanto a la forma de acuerdo a cualquiera de los tres puntos de conexión señalados, se considerará internacionalmente válido (art. 22).

Las relaciones personales en el matrimonio se regularán por la ley de la residencia habitual común, y en caso de no haberla por la ley de la nacionalidad común (art. 23).

Respecto de las relaciones patrimoniales en el matrimonio se regularán mediante acuerdo de los esposos, por la ley de la residencia habitual común, o por la ley de la nacionalidad común o por la ley del lugar donde tenga uno de ellos sus principales propiedades. En caso de que no se pactare ningún acuerdo, se aplicará o la ley de la residencia habitual común o la ley de la nacionalidad común (art. 24).

En la hipótesis de un divorcio por mutuo consenso los cónyuges podrán elegir la ley de la residencia o de la nacionalidad de una las partes. Si la elección no se ha realizado, podrán decretarlo la ley de la residencia habitual común, o de la nacionalidad común o la del país donde los cónyuges comparezcan de común acuerdo (art. 26).

Las relaciones entre padres e hijos se someterán a la ley de la residencia habitual, para el caso de que no lo hubiera se optará en beneficio de la parte más débil de la relación, la ley del lugar de la residencia habitual o nacionalidad de una de las partes, aquella que sea más favorable. (art. 25). En el caso de un divorcio contencioso, se aplicará la *lex fori* del tribunal.

Tratándose de una adopción, se aplicará la ley de la residencia habitual del adoptante y del adoptado para la calificación y las formalidades de la adopción. La validez de la adopción se regulará por la ley de la residencia habitual del adoptante. La finalización o no de la relación del adoptado con su familia biológica será determinada por la ley de la residencia habitual del adoptado (art. 28).

Si nos hallamos ante una reclamación internacional de alimentos, será aplicable la ley de la residencia habitual del reclamante, de su nacionalidad o la del lugar donde se encuentren las principales propiedades del demandado, la que sea más favorable al primero (art. 29).

Las sucesiones se regirán por la ley de la última residencia habitual del causante, pero los derechos reales se regulan por la *lex rei sitae* (art. 31). Si la sucesión es testada, la validez del testamento se regulará por la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del testador o la ley del lugar del otorgamiento (art. 32

y 33). Hay una solución criteriosa para el caso de herencias yacentes: la ley aplicable se regulará por la ley del lugar de situación del bien.

En materia de bienes, si son inmuebles se regulan por la ley del lugar de su situación, y si son muebles se reconoce el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley y si no han efectuado elección alguna se aplicará la ley del lugar de los efectos (art. 38).

En cuanto a los títulos negociables se reconoce la aplicación de la regla *locus regit actum* 8art. 39).

En materia contractual, se reconoce la autonomía de la voluntad, y para el caso de que ésta no sea ejercida, se aplicará la ley de la residencia habitual de la parte que cumplió con la prestación característica del contrato, u otra que tenga vínculos estrechos (art. 41).

El principio es que las relaciones de consumo se regulen por la ley del lugar de residencia habitual del consumidor contractual. Pero la ley prevé otras posibilidades en el art. 42.

Las relaciones laborales se regirán por la ley del lugar donde el trabajo se realiza, y si no puede ser determinado por la ley del lugar donde el empleador tenga su centro principal de negocios (art. 43).

El Código de Procedimiento Civil. Este Código fue aprobado el 9 de abril de 1991 y enmendado en el año 2007. El Capítulo 27 hace referencia al arbitraje y el Capítulo 28 a la asistencia judicial.

El Capítulo 27 reconoce la eficacia de los acuerdos de arbitraje por escrito en materia económica, laboral, de transporte o sobre actividades marítimas, en caso de ausencia de tal acuerdo se recurrirá directamente ante un tribunal popular (art. 255). Las medidas cautelares se tramitarán a través de los tribunales populares del domicilio del demandado o donde éste tiene bienes (art. 256). Si el laudo no es cumplido voluntariamente se solicitará su ejecución a dichos tribunales (art. 257). El art. 258 estipula las causales de eventuales rechazo de la ejecución de los laudos arbitrales.

En cuanto al Capítulo 28, se reconoce la posibilidad de cooperación entre autoridades judiciales extranjeras y chinas en base a los Tratados celebrados o, en su defecto, en atención al principio de reciprocidad para: la comunicación de documentos, la investigación o recolección de pruebas o cualquier otra acción legal (art. 260). Si la solicitud de los magistrados extranjeros ataca el orden público internacional de la República de China, dicha solicitud será rechazada (art. 261). Las vías de cooperación podrán estar establecidas en los Tratados respectivos y, de no haberlas, se llevará a cabo por medio de canales diplomáticos, y se cumplirán en el país previa autorización de las autoridades locales. Las cartas rogatorias y documentos anexos serán traducidos del idioma especificado en el Tratado internacional aplicable al caso, al idioma chino (art. 262).

# CAPÍTULO 5
# INDIA

## Introducción

El subcontinente indio es otra región superpoblada del mundo (1.l00.000 habitantes) y de una gran extensión territorial. En él conviven personas de variadas religiones –entre ellas las más importantes son la hindú (850.000.000 personas), la musulmana (150.000.000 personas)- la sij, y numerosas etnias con sus respectivas costumbres e idiomas (más de 20 de carácter oficial). La República de la India es la democracia más poblada del mundo y está formada por 28 Estados y 7 territorios en un extensión un poco menor a la de Europa. "La India –dice René David- esa vasta región superpoblada de Asia, no presenta en ningún aspecto el espectáculo de unidad y homogeneidad que ofrecen las naciones europeas. Es un conglomerado de territorios y de poblaciones muy diferentes, que jamás han tenido o podido tener el sentimiento de constituir una unidad o comunidad cultural, hasta el punto de que la misma palabra 'India' empleada por nosotros, carece de correspondiente en las lenguas de esas poblaciones.[69] Los habitantes de la India (…) pertenecen a todas las razas, hablan idiomas muy diversos, tienen creencias religiosas y supersticiones muy variadas y tipos de organización social y niveles de civilización diferente", lo cual repercute en la esfera de las costumbres y del Derecho.[70] Sin perjuicio de hacer notar que la ocupación británica influyó en el Derecho indio que hoy se basa ampliamente en el *common law* y en el reconocimiento de la fuerza jurídica de los precedentes.

Todo lo expuesto ha impedido realizar una uniformidad en su legislación de Derecho privado, lo que en última instancia ha llevado a reconocer que parte de su ordenamiento jurídico se base en la religión (cristiana, parsi, musulmana, hindú, etc.) y parte en un Derecho más moderno influido notoriamente por las fuentes inglesas. La Parte IV de la Constitución de 1950 proclama la redacción de un Código Civil único para todos los indios, pero hasta el momento ello no ha podido llevarse a cabo. Esta Constitución garantiza una serie de derechos fundamentales a las mujeres: el derecho al voto, la igualdad con los hombres y la prohibición de cualquier discriminación basada en el sexo. Una regulación equilibrada del estatuto personal es la única solución por el momento, de manera de respetar la religión, el poder del Estado en ciertas áreas mínimas, y los derechos de las mujeres.

El Derecho indio. Ante todo debemos distinguir entre el término "indio", aplicable a todo ciudadano de la República de la India, de la expresión "hindú", que corresponde atribuirlo a los fieles de esta religión. El Derecho hindú propiamente dicho es aquel conjunto de normas impuestas por la religión brahmánica a sus fieles en las relaciones sociales, o sea que es una parte del Derecho indio, no su totalidad. El Derecho indio reconoce la presencia de un pluralismo de fuentes. Debemos señalar que el *dharma* no tiene una exacta traducción como Derecho, entendido a la manera occidental, en cuanto en el pensamiento hindú no se hace distinción entre moral, religión y Derecho.[71] El *dharma* comprende el conjunto de las obligaciones que abarcan los más diversos órdenes de la vida en sociedad.

---

[69] Se acostumbra a denominarla como *Bahrat* o Industán.

[70] David, René. *Tratado de Derecho civil comparado.* Madrid. 1957. p. 354 y 355.

[71] Cuniberti explica que: "es frecuente que una obligación sea sancionada a la vez por el Príncipe, el cuerpo social, y en la relación del autor con la divinidad. Si se mata a un brahmán, el Código de Manu lo considera uno de los 4 pecados capitales, en tanto integrante de la casta más importante. El autor de tal acción debe recibir pues, un castigo corporal o una multa importante, pero también será excluido social y religiosamente: no podrá comer en compañía de

La división de la sociedad en castas. Según las Leyes de Manu, ese sistema jurídico extremadamente complejo reposa sobre el reparto de las personas en 4 castas.[72] Las personas están marcadas por categorías sociales a las que pertenecen por razones de su nacimiento, y deben ubicarse en una relación de jerarquía, que comienza con la casta de máxima pureza ritual hasta llegar a la más impura. Cada una de las castas conlleva un diferente acceso a la educación, a los recursos materiales y a los medios tecnológicos y monetarios. Cada categoría se beneficia de derechos, y las personas están obligadas a cumplir determinadas tareas propias de la misma.

- La primera de las castas es la de los brahmanes[73] (los dos veces nacidos, título adjudicado también a las dos castas que siguen), que comprende a los religiosos y maestros de religión; detentan prácticamente el monopolio del capital cultural antiguo y de los saberes rituales propios del hinduismo ortodoxo;
- la segunda es la de los *kshatriyas* integrada por los príncipes y los guerreros;
- la tercera es la de los *vaishyas* que abarca a los comerciantes y agricultores, que acaparan la propiedad de los inmuebles rurales; y
- la cuarta, a los *shudras* que incluye a los artesanos y servidores de las tres primeras castas;
- fuera de esta jerarquía, tenemos a los *chandalas, dalits* (hombre quebrado, destrozado, aplastado), parias o intocables, que representan alrededor del 20% de la población, o sea unos 200 millones de personas, y son víctimas de una discriminación social y económica. El 90% de ellos viven por debajo de la línea de pobreza, en condiciones de miseria extrema. Se dedican a las tareas más penosas, degradantes e impuras: a la recolección de basura y de excrementos, recoger a los muertos y osamenta de animales, trabajar en curtiembres, canteras de piedra, fábrica de ladrillos, etc. Su situación es mucho más penosa en el campo, donde vive la mayoría, en cuanto el 12% los grandes propietarios detentan la propiedad del 60% de la tierra. Trabajan como obreros agrícolas en medio de una gran precariedad, sin leyes sociales. Siendo obligados a contraer préstamos proporcionados por el terrateniente a altísimos intereses, que deben pagar prácticamente durante toda su vida, convirtiéndose en esclavos de nuevos cuño. No pueden acceder a la propiedad de la tierra, aún cuando existen disposiciones legales que le permiten tal acceso.[74] Cuando logran una cierta promoción social o económica son reprimidos violentamente. Como ocurrió con la familia Bhayyalal Bhotmange, perteneciente a la casta Mahar y residente en la ciudad de Khairlanji, donde cuatro miembros de la familia fueron asesinados por el hecho de romper las exclusiones basadas en la casta. Cuatro de sus asesinos fueron condenados a la horca y dos a cadena perpetua.[75]

---

alguien y no podrá cumplir sus obligaciones religiosas. Y luego se reencarnará en un perro, un cerdo, camello o una cabra. Por tanto, se examinan todas sanciones a las infracciones al *dharma*, y no se las divide según la naturaleza de la obligación." Cuniberti, Gilles. *Grands systèmes (…)* Op. cit. p. 356.

[72] Martineau afirma que el sistema de castas se justifica por el principio de la transmigración de las almas: el hecho de obrar según las reglas de la casta a la que se pertenece es trabajar para una mejor reencarnación. Cuanto más alta es la casta que se integra más próxima a la liberación se está, y las reglas a las que se está sometido son más rígidas. Las castas son categorías sociales donde está encerrado el individuo desde su nacimiento. India contiene en su seno a una sociedad formada por grupos jerarquizados de acuerdo a la pureza de la actividad profesional que realice o al ritual ejercido. Martineau, Jean-Valéry. *Population et developpement en Chine et Union Indienne.* www.histoire-geo.org

[73] Los brahmanes han salido de la boca del dios Brahma, los *kshatriyas* han salido de sus brazos, y los *vaisyas* de sus pies. Brahma es el creador de la materia y del universo, encarna por tanto, a la creación. Nació de una flor de loto, la cual emergió del cordón umbilical de Vishnu, por tal motivo se lo representa sentado sobre una flor de loto.

[74] Lieberherr, Aurélia. *Dalits: l'oppression n'est pas une fatalité.* Foundation for educational Innovations in Asia.

[75] Cabalion, Joël. *La violence de caste en Inde aujourdh'hui.* La vie des idées.fr. 1er juillet 2010.

Las castas –unas 2.000- no tienen contacto personal entre sí y está prohibido el casamiento entre miembros de una y otra casta, si éste se realizaba se lo consideraba nulo. Cada casta comprende por último, una infinidad de subcastas (se piensa en unas 3.000).[76]

La ocupación inglesa hizo mucho por los sin casta, los de la cuarta casta y los integrantes de las tribus que suman unas 1.000, fueron consideradas *depreseed classes,* adjudicándole cuotas para ocupar cargos públicos y becas para estudiantes de primaria y secundaria. Sin embargo, Ghandi mostró un talante conservador ante el problema, considerando que esta estructuración de la sociedad no respondía a un principio de jerarquía sino de complementariedad, en cuanto cada casta cumplía una función socio-económica que permite garantizar la armonía del conjunto. Si bien luchaba contra le exclusión de los intocables más bien procuraba integrarlos socialmente que cambiar el sistema de castas. Ambedkar fue el primer líder de este sector de la población y si bien no era lo que apetecía obtuvo un porcentaje fijo para los intocables, los de las bajas castas y los tribales en los cargos estatales. El problema mayor es que el poder político, la clase política, se halla en manos de la casta superior de los brahmanes.

Todo en India hay que pensarlo en millones: detenta más de 130.000.000 de ricos y súper ricos, pero tiene 800.000.00 de personas ubicadas bajo la línea de pobreza. Sorprende la cifra que indica que *por año* sobrepasan la línea de pobreza unos 10.000.000 de personas, pero si se observa el número global de pobres, India necesitaría de 80 años para que todos sus habitantes dejen de ser pobres. Su crecimiento demográfico es tan apabullante que se piensa que en el 2020 su población sobrepasará a la población china –cada 10 años tiene un aumento similar a toda la población de Brasil- lo cual urge implementar políticas de control demográfico, como veremos en el Capítulo dedicado a la mujer.

La Constitución de India de 1950 ha abolido la intocabilidad y prohibido toda discriminación por razones de casta. Sin embargo, la independencia del país no ha podido borrar el sistema de castas dentro del sistema jurídico, porque si bien prohíbe cualquier discriminación por tal motivo, se compromete igualmente a promover social y económicamente a los que no tienen casta y a las castas más bajas. Se prohíbe la intocabilidad por razón de nacimiento, pero si una persona es expulsada de su casta, el Derecho no la protege.

La realidad muestra una situación muy diferente al sistema legal, presentándose una situación muy cercana al *apartheid.* Los padres de niños de las castas más elevadas no quiere enviar a sus hijos a escuelas donde concurren los niños de las castas más bajas y menos aun los sin casta. "Rechazados, descartados, interiorizados en el sentimiento de inferioridad, muchos dejan la escuela porque no ven algo útil en su concurrencia y retornan, de esta manera, los trabajos desvalorizados e impuros que realizan sus padres."[77]

Textos sagrados de la religión hindú. En cuanto a los textos sagrados tenemos a los *srutis* o textos revelados (lo oído, entendido o revelado), que contienen la palabra de Dios (*vedas),* sobre los

---

[76] "La vida y los deberes de los hombres difiere según las castas estrictamente jerarquizadas, a las cuales se pertenece por nacimiento, y cada una es el resultado del comportamiento bueno o malo que se tuvo en las vidas anteriores. Los miembros de cada casta deben respetar los deberes, los derechos y la moral propios a la casta a la cual pertenecen. A los cuatro móviles principales de la actividad humana: la devoción religiosa, la virtud, el interés y el goce, corresponden cuatro clases de comportamientos que enseñan los diversos sastras." Constantinescu, Léontin-Jean. *Traité de Droit Comparé.* T. III. p. 169. Ver también Martineau, Jean-Valéry. *POPULATIÓN (…)* Op. cit.

[77] Lagrange, Isabelle. *Entre droit et résistances culturelles: le systeme scolaire indien est-il en mesure de lutter contre les inégalités de castes et de genre?* L'éducation en débats: analyse comparée. Vol. 5.

cuales sólo existen fuentes fragmentarias. Estos textos, donde no existe el concepto de Derecho,[78] fueron escritos entre los s. XVI a VII a.c. que son considerados como las reglas que hay que seguir en la vida social y personal. Los *vedas* (ver) se dividen a su vez, en: *rigvedas* (el texto más sagrado para los hindúes), *vedangas* y *upanishads*, que son cánticos, himnos o plegarias a la divinidad. Se los considera supremos y perfectos.

Luego contamos con los *dharmas*[79] o la tradición (*smriti*), que si bien no son considerados textos sagrados si no obra de los hombres, son respetados porque contienen las opiniones de grandes sabios de la antigüedad en diferentes épocas y lugares, como Vishnou o Tgantama. El *dharma* se funda en la creencia de que existe un orden del universo, que es inherente a la naturaleza de las cosas y que el hombre no debe perturbar. Prescribe leyes morales para evitar esa perturbación. El *dharma* no distingue entre obligaciones morales y obligaciones jurídicas, y antes que a los derechos, se dirige a las obligaciones de los individuos. El *dharma* de una persona regula todas las actividades cualquiera que sea la naturaleza: sus actividades cotidianas, la relación con los poderes sobrenaturales, y las relaciones de los individuos con sus semejantes.[80]

Los *dharmasutras* (los tratados de *dharma)* fueron los primeros en ser sistematizados (s. IX y s. III a.c.), y contienen algunas reglas obligatorias y comparte la regulación de las actividades con otras fuentes. Los más viejos y conocidos con atribuidos a Gautama, Apastamba, Vasistha y Baudhayana. Los primeros *dharmasutras* son muy vagos, enigmáticos y son enunciados mediante aforismos, prestándose poca atención a los aspectos jurídicos.

Los *dharmasastras* (s. III a.c. a s. V d.c.) son más detallados, escritos en verso, y comprenden a las Leyes de Manu, y las reglas necesarias para obtener la pureza física y moral y llegar así, a la inmortalidad. Constan de 12 Libros, con normas sobre materia civil y criminal, procedimiento y medios de prueba, obligaciones, y familia. Los *sastras* (ciencias) se clasifican en tres géneros: virtud, interés y placer:

- el *dharmasastra* indica las reglas de la vida moral, cuya finalidad es la beatitud eterna, se aplica sólo a los brahmanes;
- la *arthasastra* es la ciencia de lo útil y de la política, que enseña a los hombres el arte de enriquecerse y al príncipe el arte de gobernar, de ahí provino el Derecho público de India. El *arthasastra* rige la conducta de los dirigentes y comerciantes; y
- el *kamasastra*, donde se desarrollan las reglas relativas al cuerpo, susceptibles de asegurar una vida larga y agradable. El *kamasastra* es común a todos los hombres y mujeres.

---

[78] "La idea de un Derecho separado de la religión o de una religión separada de otras reglas de la vida social no existe en la tradición hindú. El pivot del sistema es el *dharma*, que no es ni religión, ni Derecho, pero que representa las concepciones hindúes del Derecho."Chretien-Vernicos, Geneviève. *Section 1. Le droit hindou.* Cours d'histoire du Droit No. 3.

[79] "*Dharma* esta formado con el sufijo *ma* sobre la raíz *dhar* o *dhr*. Esta raíz expresa la acción de tener, soportar, mantener, preservar, guardar. *Dharma* es la manera según la cual, o los medios por los cuales, alguien tiene, soporta o mantiene. Por deslizamiento de sentido, ello deviene no sólo la manera de hacer las cosas sino la única manera de hacerlas *Dharma* es la manera en que debemos comportarnos, soportarnos y mantenernos (…) A nivel microscópico, es la manera en que cada elemento constitutivo del cosmos contribuye por su lado, a mantener el equilibrio general. Ciertamente, cada elemento cósmico tiene su propio *dharma* pero en la práctica los hindúes prestan su atención al *dharma* de los seres vivos. Cada individuo tiene su propio *dharma*, su *svadharma* determinado esencialmente por dos factores: la pertenencia a una de las cuatro etapas de la vida (*asrama)* y la pertenencia a una de las cuatro clases sociales (*varna)* El *dharma* de cada uno es la manera en que debe comportarse para sostener el orden cósmico existente." Chrétien-Vernicos. Op. cit.

[80] Capítulo I. El Derecho de la India. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 358.

También tenemos como textos a los *nibandhas*, que ya pertenecen a la era cristiana (s. VIII) y contienen comentarios de juristas.

Además de las fuentes reseñadas, la costumbre (*achara)* guarda un lugar importante en cuanto el *dharma* admite la costumbre *contra legem* y *praeter legem.* Las costumbres en la India son extremadamente variadas, porque además de influir el lugar geográfico donde se asientan, pueden variar también con la casta a la que se pertenece.[81] Tienen prevalencia respecto del Derecho sagrado en cuestiones de detalle, pero no en cuanto a los principios esenciales, aun cuando generalmente actúan en función de complementariedad. El *dharma* debe tratarse de una regla antigua y considerada como obligatoria por los integrantes del grupo, hay que controlar también que su aplicación no haya sido renunciada por las partes. Cada casta y cada región o localidad tiene sus propias costumbres, además de su propio tribunal (*panchayat*), que son asambleas locales donde son resueltas las controversias o problemas que presente la casta.

Chrètien-Vernicos resume las características del *dharma* de la siguiente manera:

- el *dharma* no conoce derechos sino sólo deberes, se concentra sobre la idea del deber, no del derecho;
- el *dharma* cristaliza la desigualdad social en cuanto no es igual para todos sino que depende de la casta, del individuo, de su edad, y de la situación de vida en la que se encuentre;
- el *dharma* es un Derecho revelado pero no absoluto: se propone sin imponerse, los brahmanes no era teóricos sino más moralistas con la misión de revelar a los hombres las reglas de conducta resultante de la naturaleza de las cosas;
- el *dharma* sólo en teoría es inmutable y eterno por el hecho de ser revelado, en los hechos esos textos permiten variaciones de acuerdo con las circunstancias, especialmente en los casos de desamparo, infortunio, peligro o aflicción. Además los hindúes creen que las civilizaciones atraviesan cuatro etapas o edades.
- y por último, podrá actuarse de acuerdo a la conciencia de cada uno según las leyes de Manu, para el caso de que no haya una solución en los textos sagrados o en los son obra de los hombres, o en la costumbre. En última instancia entonces, el problema se resolverá de acuerdo a la conciencia de cada uno, de actuar de acuerdo al bien y a la equidad, aunque tomando en cuenta las exigencias de la comunidad y la visión del mundo del hinduismo.

El Derecho indio: un Derecho plural. Hoy día el Derecho indio es plural –aun cuando la Constitución alentó la redacción de un Código Civil único, ante la imposibilidad debido a la conmoción social que ello podía provocar imponiendo normas uniformes para todo el mundo, se dividió en varias leyes.

El estatuto personal se rige por la confesión de cada persona, comprendiendo: el derecho patrimonial y el extrapatrimonial. Las cinco confesiones admitidas para regular el estatuto personal son:

---

[81] "El Derecho seguido por la población de la India es esencialmente consuetudinario, y las costumbres de la India son múltiples, innumerables, que varían no sólo de una región a otra, sino también y sobre todo, según la religión de los habitantes y según su secta, su profesión o incluso, su familia. Siempre ha sido así, cada uno ha vivido y vive en la India según una ley que es la de su estatuto personal, definido en función de cada uno de los elementos que acabo de enumerar. La noción de ley territorial, de *lex loci*, es absolutamente extraña al Derecho privado de la India considerado en su tradición, si se hace abstracción de ciertas medidas de unificación legislativa tomadas en época reciente por los ingleses, dueños de aquel país". David, René. *Tratado (…).* Op. cit. p. 355.

- el hinduismo en primer lugar (el Derecho hindú no sólo se aplica a los hindúes sino también a los jainas[82], a los sijs[83] y a los budistas[84]);
- luego el islamismo;
- el cristianismo;
- el judaísmo; y
- el zoroastrismo o los parsis[85].

Fuera de estas cuatro religiones se aplicará se aplicará el Derecho hindú, por ejemplo, a los ateos o a los bahaístas[86], etc. De acuerdo al Derecho hindú, es hindú toda persona que profesa tal religión o que pertenece a cualquier de las otras tres religiones incluidas. Para ser hindú no es necesario ninguna conversión, basta actuar de buena fe y ser aceptado por la comunidad; por lo demás, la calidad de hindú se trasmite por medio del nacimiento. Si una persona es atea o cree en alguna otra religión no especificada con anterioridad, se aplicará el Derecho hindú como Derecho común.

Antes de la dominación inglesa el príncipe podía dictar normas, las cuales debían adaptarse a los textos sagrados, pues de lo contrario serían nulas. Y además tenía la facultad de dictar justicia. También era posible solicitar justicia a los *panchayats* existentes en cada comunidad, compuestos de 5 miembros, la traducción del término significa precisamente: "asamblea de los cinco". Había muchos *panchayats*, en cada casta o subcasta, en cada profesión o ciudad. Intentaban primeramente la conciliación y, de no lograrse, resolvían la contienda aplicando generalmente la costumbre involucrada.

Entre los s. XVII al s. XX se impuso la dominación inglesa y el espíritu del *common law* impregnó al Derecho hindú. Gracias a la campaña emprendida por Mahatma Ghandi, India obtiene su independencia política el 15 de agosto de 1947, fragmentando al subcontinente entre India y Pakistán (este último

---

[82] El jainismo se estableció en una fecha cercana al budismo y fue difundido por Mahariva (s. VI a.c.), contemporáneo de Buda, de Confucio y de Lao Tsé, integrante de una casta guerrera e hijo del rey Siddartha y de la reina Trishala. Ante la corrupción en la interpretación del hinduismo, Mahariva proclamó que la renuncia a los deseos mundanos (abstinencia y ascetismo) y el autodominio conducen a la sabiduría perfecta propiciada por una vida monástica. Los monjes suelen taparse la nariz y la boca con tapabocas para no matar a ningún germen o insecto, ya que prohíbe dañar o sacrificar a cualquier ser vivo. Por ello, muchos renuncian a viajar en vehículos para no pisar ningún ser vivo. Hay una corriente extrema que considera que el santo perfecto puede vivir sin vestirse, renunciando por ello a cualquier clase de vestimenta. El término jaina proviene de jina (conquistador), o sea aquel que ha obtenido el autocontrol y superado los karmas que obstaculizan el conocimiento de la verdad. Hay 5 votos fundamentales que deben cumplirse: no violencia, veracidad, no robar, celibato y no posesión de bienes. Hoy día cuenta con una 3.000.000 de fieles, casi exclusivamente en India.

[83] Es la cuarta religión en cuanto al número de seguidores, luego del hinduismo, el islamismo y el cristianismo. La practican unos 22.000.000 de personas. Fue fundada por Gurú Nanak en el s. XV d.c., también fue creada como respuesta a las desviaciones del hinduismo y del islamismo que era la clase gobernante. Creen en un solo Dios y en las enseñanzas de los 10 gurús (maestros que conducen hacia la luz). Intentaron luchar contra el sistema de castas propiciada por el hinduismo, contra el dominio de los brahamanes hindúes y los ulemas musulmanes, las supersticiones y rituales inútiles. Los siks o sijs (discípulos) deben emular la vida de los 10 gurús, recogidas en el Libro Guru Grant Sahib, escrito por el último gurú. Tiene influencia del Islam en cuanto es monoteísta, prohíbe el consumo de alcohol, admite la guerra santa y tiene una moral sexual conservadora; pero también del hinduismo debido a que admite la reencarnación, la presencia del karma y apoya al vegetarianismo.

[84] El budismo es practicado por unos 8.000.000 de fieles –todos las cifras señaladas en este caso y en los anteriores son aproximadas- basado en las enseñanzas de Siddartha Gautama, más conocido como Buda, quien nació en Nepal en el s. V a.c. y alcanzó la iluminación en Bodh Gaya (India). Su objetivo es entrenar la mente para comprender el cosmos y la realidad ofreciendo respeto y amor a todos los seres. Al no creer en ningún Dios, ni aceptar dogmas, muchos lo consideran más como una filosofía de vida que una religión.

[85] El término parsi proviene de persa pues su origen estuvo en Irán, son fieles a las enseñanzas de Zoroastro (Zaratustra) y rinden culto a Ahura Mazda. Son unos 70.000 en India. Niegan la predestinación y afirman que cada uno será recompensado de acuerdo a como ha actuado en la vida.

[86] Son 2.000.000 en India. Se originó en el s. XIX, en Irán, el único Dios se ha manifestado a través de 9 profetas: su fundador Bahaullah, y también por Abraham, Moisés, Jesucristo, Krishna, Zaratrustra, Buda, Mahoma y El Bab.

comprendida un territorio a cada lado de la India: Pakistán propiamente dicho al Oeste y lo que es hoy un país independiente: Bangladesh, al Este).

El 26 de noviembre de 1949 India adoptó una Constitución, la cual entró en vigor al año siguiente, consagrándose el sistema parlamentario de gobierno. El gobierno nacional es ejercido por la Cámara del Pueblo y el Consejo de los Estados. El Presidente es elegido por este último, pero quien tiene el poder efectivo es el Primer Ministro. La Constitución apoya una política de *welfare state*, y consagra una serie de principios democráticos. De hecho, India es la democracia más grande del mundo. Es además, un Estado federal compuesto de 28 Estados y 7 territorios, donde cada uno tiene facultades legislativas y ejecutivas, pero las facultades judiciales quedan en manos del poder central.

El Derecho indio actual. Al día de hoy, y a medida que India se occidentaliza, las fuentes principales del Derecho con las reglas emanadas del Parlamento y las de fuente jurisprudencial, decayendo sensiblemente la costumbre. Hay cuatro importantes a tener en cuenta:

- 1955- la ley sobre matrimonio hindú;
- 1956- la ley sobre la sucesión hindú;
-1956- la ley sobre la minoridad y la guarda; y
-1956- la ley No. 76 de 21 de diciembre de 1956 sobre adopción y obligaciones alimentarias.

La Constitución. La Constitución de 1950 garantiza una serie de derechos fundamentales, tales como: la igualdad entre hombres y mujeres (arts. 14 y 16); la libertad de conciencia, de expresión, el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y la prohibición de cualquier clase de discriminación, sea ésta basada en la casta, el sexo, el lugar de nacimiento, la religión o la raza. Además, prevé lo que en el Derecho americano se denomina “discriminaciones positivas” hacia los grupos considerados más atrasados e intocables, aboliéndose el sistema feudal de la propiedad de la tierra.

Ley sobre las sucesiones. La ley originaria era la No. 30 de 17 de junio de 1956, pero fue enmendada por ley No. 39 de 5 de setiembre de 2005. La enmienda del 2005, reconoce igualdad de derechos a los hombres y a las mujeres. Esta ley pone énfasis en los derechos de las viudas a reconocerle parte del patrimonio de la sociedad conyugal y a no perderlos como condición de su viudez o en el caso de que se case nuevamente. Igual solución se aplicará para el caso de las mujeres solteras que tengan bienes en propiedad y luego se casen.

Se distingue entre la sucesión de un hombre y la de una mujer, ya que los órdenes de llamamiento para cada uno son diferentes. La ley ha establecido varias listas en cuanto al orden de llamamiento. Si fallece un varón, heredarán la viuda –las que se tomarán como una sola si son varias- y los hijos supérstites, reconociéndose el derecho de representación de los hijos respecto del hijo prefallecido del causante. Si no hubiere herederos en esta lista se pasará a la lista II, prefiriéndose los consanguíneos más próximos a los más lejanos, y en caso que el orden de llamamiento estuviere desierto se recurrirá se acudirá a los agnados del difunto, y por último a los cognados del fallecido. Si la que fallece es una mujer, heredarán los hijos y el marido, luego los herederos del marido, luego los padres, luego los herederos del padre y por último los herederos de la madre. En los casos de comuriencia, se presume que el más joven sobrevive al mayor, salvo prueba en contrario. Se reconocen causales de indignidad, como la hipótesis del heredero que atente contra la vida del causante.

# PARTE 3

# LA FAMILIA

# Y SUS INTEGRANTES

La familia es la base de la sociedad. De tanto verlo repetido en los textos legales, constitucionales y convencionales esta afirmación se ha vuelto dogma. ¿Qué tan cierto es? Parece indudable que respecto de los niños y adolescentes la familia le suministra una serie de comportamientos y de mecanismos de socialización que no encuentran en otro lado, ni aun el Estado mejor organizado puede sustituir la función socializadora que cumple la familia. Aun quienes se manifiestan enemigos reconocen que ésta siempre resurge como primer ámbito de socialización de los menores de edad. Luego, lo aprendido será utilizado en entornos más amplios: en la ciudad, en la región, en el país y en el mundo. Lo bueno y lo malo que en ella aprendimos: en cuanto instrumento por medio del cual fortalecemos los vínculos de solidaridad y comprensión, de renuncia o de apoyo, pero también donde volvemos a reiterar actitudes violentas y de manifestación del más crudo poder. Igualmente la familia constituye un escenario de socialización de los mayores, donde muchas veces se ofrece contención psicológica y material, donde se van formando conductas reactivas comunes ante los diversos problemas que presenta la sociedad día a día, y donde los mayores actualizan sus conocimientos a través del diálogo con los menores.

Si realizamos un sobrevuelo sobre el Derecho comparado fácilmente llegaremos a la convicción que resulta imposible pensar en un único modelo de familia, ni como realidad existente ni como modelo a proponer con un alcance mundial. Algunos han rechazado su presencia en la vida social de los pueblos argumentando que es una herramienta que permite perpetuar posiciones de jerarquía basadas sobre el sexo, habilitando la continuación de la violencia física y mental sobre los integrantes más débiles. Como hemos mencionado, esta postura radical de rechazo no ha tenido demasiada repercusión, en cuanto a que pesar de todo lo que pueda decirse, la realidad muestra la presencia persistente y hasta irreductible de la organización familiar. Cualquiera que ella sea.

La familia no es un concepto totalmente superponible al concepto de matrimonio o al de hogar. Los tres conceptos pueden coincidir (familia, matrimonio y hogar) o bien pueden existir separadamente, en cuanto puede conformarse una familia sin una pareja casada e incluso, sin que exista un hogar común que los reúna, especialmente cuando observamos a una pareja unida en matrimonio o concubinato en vías de disolución.

Por otro lado, parece procedente pensar que la conformación de una familia es un fenómeno por medio del cual comprendemos desde cada cultura, lo femenino y lo masculino, además de las implicancias sociales y económicas que comporta la organización de la familia de una determinada manera. También cada familia se va modificando con el paso del tiempo. De ahí entonces que cabe concluir que en Derecho comparado no debemos pensar en un tipo ideal, abstracto o universal de familia, sino de familias en plural, donde sus peculiaridades se verán resaltadas de acuerdo a las condiciones internas y externas que puedan presentarse en su aparición y supervivencia. Tenemos la familia que tiene una pareja formalizada,

con o sin hijos; o cuando la pareja fundante mantiene una relación concubinaria; la familia basada sobre la adopción; la conformada por otros vínculos de parentesco, como la de los hermanos que viven bajo el mismo techo, la de los abuelos con sus nietos, etc.; las familias putativas; o las familias ensambladas, donde la pareja que se conforma luego de una primera, segunda o tercera experiencia, manteniendo vínculos con aquellas familias que contribuyeron a formar en el pasado.

Lo más notable luego de la revolución industrial en Occidente, ha sido la transformación de la familia patriarcal en una familia más democrática, donde cada uno de sus integrantes conserva un espacio personal sujeto a su propia decisión, donde los problemas comunes se conversan y luego se actúa por consenso, donde existe un apoyo moral, psicológico y económico mutuos. Una familia más participativa donde es posible escuchar las opiniones y los argumentos de todos, reconocerle a cada integrante ciertos derechos mínimos. Analicemos entonces, cómo es considerado cada integrante de la misma dentro de cada una de los sistemas jurídicos que hemos examinado al comienzo de esta obra: la situación de la mujer, la del niño y adolescente, y la del anciano. Excluimos por el momento, al hombre, por cuanto él ha sido un protagonista y actor indiscutido en el pasado, y por que en cierta medida su ubicación actual en el contexto familiar se presenta por vía refleja.

# CAPÍTULO 6
# LA MUJER

## Introducción

A lo largo de la historia humana la mujer ha ocupado muy diferentes roles. Ha sido jefa de gobierno[87], estratega militar, luchadora política armada o pacífica, ha tenido actitudes individuales ejemplares que se han expandido por el resto de la sociedad o actuado colectivamente con el resto de sus congéneres para el reconocimiento de sus derechos fundamentales, científica, pensadora, trasmisora de valores religiosos, sociales, éticos, políticos, simple ama de casa, etc. Pero también ha sido considerada un objeto, su cuerpo ha sido tasado para diferentes fines: servidumbre sexual, trata de blancas, trabajo gratuito en el seno de la familia, sometida a castigos corporales abusando de su inferioridad física, procreadora que garantizaba la perpetuación de la especie, quedando relegada en muchas oportunidades al más absoluto anonimato, a la ignorancia de su condición humana en los grados más crueles. Todo eso ha podido acontecer en el seno de una misma sociedad durante el transcurso de su propia historia, o en forma simultánea en diferentes pueblos. Por tal motivo, no tendría mucho sentido y carecería de eficacia –además de su imposibilidad práctica- realizar un relevo de su situación a lo largo de la historia en todas las civilizaciones. Parece más prudente realizar un análisis acotado en el tiempo, especialmente dando relevancia a su situación y a su activismo durante los s. XIX, XX y XXI, sin perjuicio de efectuar alguna referencia específica a lo acontecido en algún momento anterior.

Es durante el transcurso de los siglos mencionados donde puede comprobarse por un lado, la elaboración sobre el plano normativo de diferentes textos políticos y jurídicos específicos referidos a ella, de pretendido alcance universal, apoyando la igualdad en relación con el hombre, y alentando la ocupación de espacios anteriormente vedados; y por el otro, es la primera vez en la historia que la mujer se ha organizado colectivamente con sus compañeras de género para actuar sobre el plano político, jurídico y cultural, a nivel local o internacional, intentando con mucha persistencia trastocar su situación de segundo plano en la que estaba ubicada. Ha constatado en esta(s) lucha(s) que los escollos han sido de muy diferente naturaleza. Si bien en la mayoría de los casos ha podido vencer los obstáculos que se le interponían para el ejercicio de los derechos políticos, sociales y culturales, los prejuicios de género más difíciles de vencer han sido los de carácter religioso, en cuanto el contendor que ha decretado su apartamiento general o específico de los roles sociales se halla ubicado sobre un plano superior: en el de la propia divinidad, que goza de la omnipotencia y de la consubstanciación con la misma Verdad.

Veremos entonces, dentro de ese espacio limitado cómo, paso a paso, en los documentos o en la misma vida social, ha ido cambiando el rol de la(s) mujer(es) hasta aproximarse al reconocimiento jurídico de que goza el hombre en general.

Sin duda, que *la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789 comprendía también a las mujeres, la referencia al "Hombre" y al "Ciudadano" era simplemente una referencia genérica al ser humano sin diferencias de género, raza, religión, edad, o condición social. De hecho, la participación de la mujer en las luchas revolucionarias fue destacada por todos, y uno de los emblemas más característicos de la Francia posrevolucionaria ha sido la de una mujer -Marianne- con el

[87] Aun cuando en la mayoría de los casos, el aparato estatal seguía estando en manos de los hombres.

gorro frigio superando las barricadas, haciéndose paso entre los muertos, con una pica en la mano y arengando a los que vienen detrás, en una actitud de lucha reivindicativa.[88] Esa célebre obra pictórica de Eugène Delacroix no alude a la mujer a través de una simbología abstracta e ideal, luchando por ejemplo en el éter con otras ideas o símbolos, sino que hace descender la libertad al plano terrenal y la personifica en una mujer de carne y hueso, sudorosa, desarreglada en su vestimenta, comprometida en una lucha crucial para la defensa de determinados valores. Luego de observar esa pintura nadie puede dejar de percibir que la Revolución no sólo se hizo con hombres sino que también las mujeres desempeñaron un rol trascendente. Sin duda que al observarlo, la fuerza de ese símbolo terrenal marcó los espíritus de muchas mujeres para llevar al plano práctico –como la inolvidable Marianne- otros tantos valores igualmente estimables, que las liberaran de las cadenas del prejuicio y la discriminación.

Si bien la inclusión genérica de las mujeres dentro de la mencionada Declaración significó un indudable progreso, la misma generalidad del concepto amortiguó o suavizó el reclamo por un trato más equitativo entre los géneros, ante lo cual se volvió indispensable realizar alusiones más específicas. Reconociendo lo arbitraria que puede resultar cualquier enumeración de normas convencionales y legales, presentamos el siguiente listado.

## Algunas Declaraciones y Convenios sobre el plano internacional referidos a la mujer

- *Convención sobre los derechos políticos de la mujer*, elaborado por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1952.

- *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para el matrimonio y el registro de los matrimonios*, de la Organización precitada, de 7 de noviembre de 1962.

- *Convención Americana sobre derechos humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969.

- *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (Protocolo de San Salvador), de 17 de noviembre de 1988.

- *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 18 de diciembre de 1979, y su Protocolo facultativo de 6 de octubre de 1999.

---

[88] No hay que olvidar, la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* redactada por Olimpia de Gouges en 1791, que en cierta manera parafraseaba la Declaración de 1789, donde se reconocía en el art. 1 que: "la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo puedan estar fundadas en la utilidad común." Así, el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone, los cuales deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza o de la razón (art. IV).La ley debe ser la expresión de la voluntad general, todas las ciudadanas y ciudadanos deben participar de su formación personalmente o por medio de sus representantes y debe ser la misma para todos. Todas las ciudadanas y ciudadanos, por ser iguales ante la ley, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos (art. VI). Ninguna mujer se halla eximida de ser causada, detenida y encarcelada en los casos determinados por la ley (art. VII). Nadie puede ser molestado por sus opiniones, incluso fundamentales; si la mujer tiene el derecho de subir al cadalso debe tener también igualmente, el de subir a la tribuna, con tal que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la ley (art. X). Toda ciudadana tiene el derecho de decir libremente ser madre de un hijo que le pertenece sin que un perjuicio bárbaro la fuerce a disimular la verdad (art. XI). Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, las contribuciones de la mujer y del hombre son las mismas, ella participa en todas las prestaciones personales, en todas las tareas penosas, por tanto debe participar en la distribución de puestos, empleos, cargos, dignidades y otras actividades (art. XIII). Las propiedades pertenecen a todos los sexos reunidos o separados; son para cada uno un derecho inviolable, nadie puede ser privado de ella como verdadero patrimonio de la naturaleza a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización (art. XVII).

- *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de 20 de diciembre de 1993, elaborada en el seno de la misma Organización.

- *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belem do Pará"* de 9 de junio de 1994.

## Algunas normas sobre el plano nacional

Uruguay fue uno de los primeros países en elaborar una legislación de protección a la mujer trabajadora. La posibilidad de divorciarse sin expresión de causa –más conocida como divorcio por la sola voluntad de la mujer- fue reconocida desde 1913. El derecho al voto se obtuvo en el año 1932 y las mujeres accedieron a cargos parlamentarios en el año 1943, obteniendo cargos ministeriales cada vez en mayor número.

Con el transcurso de los años ha modificado su comportamiento reproductivo, restringiendo el número de hijos para poder actuar con mayor libertad en el mercado económico y en el ámbito de la educación, evitando incluso formalizar la unión de pareja al optar por la unión concubinaria. En Uruguay, alrededor de 1/5 de los hogares están dirigidos por mujeres. En nuestro país se observa que la falta de un empleo afecta más a las mujeres que a los hombres, y que la remuneración es inferior respecto de las primeras en cualquier sector de la actividad. Recientemente por Ley No. 18.605 pudo regularizarse la labor de las trabajadoras en el servicio doméstico, y por ley No. 18.441 la de los trabajadores rurales, expresión genérica que comprendía también a las mujeres.

La carga del trabajo es desigual entre los géneros y más desfavorable para las mujeres: el 65% de sus horas las dedican al trabajo no remunerado, y el 35% al remunerado, en cambio el hombre dedica el 28% al primero y el 72% al segundo.

La situación de las mujeres por razones de raza, específicamente las mujeres afrodescendientes se ve agravada por esa condición.

La ley No. 18.227 de 2007 otorga asignación familiar a los niños, niñas y adolescentes de hogares con vulnerabilidades socio-económicas.

Y la ley No. 18.395 flexibilizó la posibilidad de jubilarse al computarles a las mujeres un año adicional de servicios por cada hijo o hija nacido vivo o que hayan adoptado siendo estos menores o discapacitados, hasta un máximo total de 5 años.

## Derecho Comparado

Realizando un examen de Derecho comparado podemos observar que la mayoría de los países de la región han creado organismos especiales con fines de promoción, investigación y difusión de información e iniciativas legales dirigidas a proteger los derechos de la mujer. Ha habido avances en el reconocimiento de la plena igualdad de género, pero informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han mostrado que países como: Bolivia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana todavía informan de la presencia de normas restrictivas hacia las mujeres, para el ejercicio de profesiones u oficios, al requerir la autorización del marido.

Hay diferencias de regulación entre hombres y mujeres para la autorización para contraer matrimonio (Bolivia y Brasil), o para contraer nuevo matrimonio (Costa Rica y México). Según los informes mencionados en Argentina, los bienes cuyo origen no puede determinarse serán administrados por el marido; en ciertos casos en Chile el marido administra los bienes sociales y los de la mujer; en Brasil la

mujer casada no tiene la misma capacidad que su cónyuge para administrar ciertos bienes; en Ecuador los bienes de la sociedad conyugal son administrados por el marido salvo estipulación en contrario; en Guatemala es el marido el administrador del patrimonio conyugal; y en República Dominicana de estos últimos y de los bienes propios de la mujer. En República Dominicana las mujeres campesinas tienen limitado en su propia Constitución su derecho a gozar de la propiedad de parcelas de tierra rurales.

En Chile la patria potestad es ejercida por el padre y sólo en ausencia de este último es ejercida por la madre.

Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala en el ámbito laboral asimilan a las mujeres con las personas menores de edad.

Hay diferencias en cuanto al acceso a la administración de justicia, sanciones disminuidas o ausencia de ellas cuando la víctima es una mujer. En Uruguay, la ley No. 16.045 de 17 de mayo de 1989 establece sanciones en casos de discriminación laboral. Su primera disposición consigna que se prohíbe "toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos, en cualquier sector o ramo de la actividad laboral", con sanciones equivalentes a 10 UR por cada día en que se mantenga la situación. El artículo subsiguiente considera que "no constituirá discriminación el hecho de reservar a un sexo la contratación para actividades donde tal condición sea esencial para el cumplimiento de las mismas, ni las excepciones que resulten de los Convenios internacionales de Trabajo ratificados por el país. Asimismo, la discriminación de carácter compensatorio, orientada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición a que hace referencia el art. 1 de la presente ley".

En el ámbito penal, en El Salvador y Venezuela hay diferencias de tratamiento respecto de algunas figuras penales, como en el caso de adulterio.

## La igualdad de género

Fueron los países escandinavos los primeros que consagraron la plena igualdad de los cónyuges: Suecia lo hizo en 1920, Dinamarca en 1925, Finlandia en 1929 y Noruega en 1931. En nuestro continente tenemos a México en 1932 y a Uruguay recién en 1946.

Sobre el plano constitucional la mujer no ha sido objeto de una alusión específica en Uruguay. En la Sección II referido a los *Derechos, Deberes y Garantías*, los derechos les son concedidos de una forma genérica. El art. 7 expresa que "los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general." Y el art. 8 destaca que "todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de sus talentos o las virtudes"; además de reconocerse en otros artículos el derecho a trabajar libremente salvo las limitaciones de interés general. Cabe destacar que la Constitución es un pacto político abierto en cuanto el art. 72 declara que "la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

En cuanto a las normas legales de Uruguay, la igualdad de género se halla explícitamente consagrada en la ley No. 10.783 de 11 de setiembre de 1946. A partir de ese momento, "la mujer casada tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, de sus frutos, del producto de sus actividades y de los bienes que pueda adquirir, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5 de la presente ley" (art. 2). El art. 5

reconoce que “los inmuebles de carácter adquiridos a nombre de uno de los cónyuges o de la comunidad, no podrán ser enajenados ni afectados por derechos reales sin la conformidad expresa de ambos cónyuges”. “En todo momento, cualquiera de los cónyuges o ambos de conformidad, podrán pedir sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal. El juez deberá decretarla sin más tramite”. Y el art. 9 establece que el “domicilio conyugal se fijará de común acuerdo por los esposos”. Los gastos del hogar serán soportados por ambos cónyuges en proporción a su situación económica (art. 10); y la patria potestad será ejercida en común por los cónyuges (art. 11). En el caso de una mujer viuda o divorciada que contraiga nuevo matrimonio continuará en el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda que se le hubiere confiado, así como en la administración de los bienes correspondientes, que ejercerá con entera independencia del nuevo cónyuge (art. 15).

Con la entrada en vigor de la ley mencionada finalizó un período bastante extenso, en el cual la mujer era considerada en muchas ocasiones como incapacitada. Son ilustrativas al respecto, las disposiciones contenidas en la Sección II del Capítulo IV del Código Civil, referido a *De las obligaciones que nacen del matrimonio* donde el art. 128 de entrada establecía que “el marido debe protección a la mujer; la mujer, obediencia a su marido”. Y el art. 131 prescribía que “la mujer no puede contratar ni comparecer en juicio sin licencia de su marido”. O el art. 134 que establecía que “la mujer no puede adquirir por título oneroso ni lucrativo sin la venia del marido”, y en el caso de que no le hubiere concedido la autorización “el marido podrá revocar a su arbitrio, sin efecto retroactivo, la licencia general o especial que haya concedido a su mujer”. Para redondear este cúmulo de restricciones invalidantes de la igualdad entre los géneros, el art. 142 del Código Civil de 1868 consignaba que “si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera (como la de directora de colegio, maestra de escuela, actriz, obstetra, posadera, nodriza), se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a esa profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público, o especialmente al que contratare con la mujer”. Todas disposiciones que se hallan derogadas en la actualidad.

Con la aprobación de la ley No. 10.783 quedó finiquitada la potestad marital, la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, y la mujer gozó del derecho de enajenar o gravar sus bienes raíces de naturaleza propia en forma totalmente libre, y de ejercer el derecho a disolver su matrimonio por divorcio o a solicitar la separación judicial de bienes.

En este ítem corresponde citar la *Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979, donde en sus Considerandos reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, declarándose convencida de que “la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”. Refirma que “el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”.

El art. 1 define la expresión “discriminación contra la mujer”, como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del

hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

El art. 5 merece ser reproducido íntegramente: "los Estados Parte tomarán las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los perjuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

Y en el ámbito regional cabe la mención al Pacto de San José de Costa Rica de 1969 sobre derechos humanos, donde se consagra el derecho a la vida, a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, derecho a la libertad personal, garantías judiciales, reconocimiento del principio de legalidad y de retroactividad, derecho a indemnización, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia y de religión, de pensamiento y de expresión, derecho de rectificación o respuesta, de reunión y asociación, derechos políticos, igualdad ante la ley, etc. Se reconoce que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. El Protocolo de San Salvador -adicional a la Convención- se centra sobre los derechos económicos, sociales y culturales, expresados también de una forma genérica, sin centrarlos específicamente sobre la mujer.

## Los derechos de la mujer en relación con el acto matrimonial

Como modo de impedir el casamiento entre impúberes, común en ciertas regiones del mundo, durante el año 1962 se aprobó una *Convención de las Naciones Unidas sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para el matrimonio y el Registro de los matrimonios*. Allí se reconoce que "no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo a la ley". Si bien la Convención de marras no estatuye una edad mínima para desposarse, en cuanto lo deja librado a lo que determine la legislación de cada país, indirectamente está promocionando la celebración de las nupcias entre personas con conocimiento pleno de sus actos, una vez que hubieren arribado a la etapa reproductiva. Hoy parece un documento bastante tímido en sus apreciaciones.

*La Convención de las Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979, consigna en el art. 16.2 que "no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños, y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial".

El art. 16 consagra el mismo derecho para contraer matrimonio, para elegir libremente cónyuge; los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y en ocasión de su disolución: los mismos derechos y obligaciones como progenitores, para decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos; los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos o instituciones análogas; los mismos derechos personales como

marido y mujer, entre ellos a elegir apellido, profesión u ocupación; los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

Vinculado hasta cierto punto al acto matrimonial, se encuentra la maternidad. El art. 11.2 afirma que "a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Parte tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables, sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo, en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella."

## El ejercicio de los derechos políticos

En Occidente las primeras luchas mantenidas por las mujeres han sido las de su participación política. En la medida que ellas pudieran incidir con su voto en la elección de sus representantes se abría un canal a través del cual podían escucharse los reclamos específicos a su género. El derecho al voto generalmente fue acompañado por el reclamo de la posibilidad de que las mujeres fueran no sólo electoras sino también elegibles. Y la posibilidad de ocupar cargos públicos "en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna". Tal lo proclamado por la Convención sobre los derechos políticos de la mujer de 1952. Y en virtud de lo cual países como Argentina (1991), Bolivia (1996), Brasil (1995) y Costa Rica (1996) han aprobado legislaciones que establecen cuotas mínimas de participación política de las mujeres. Si bien en nuestro ámbito nacional esa posibilidad estuvo abierta a las mujeres desde hace mucho tiempo, la participación activa de las mismas en la vida pública era escasa, sobre todo por razones culturales. Por tal motivo, la ley No. 18.476 de 2009 declaró "de interés general la participación equitativa de personas de ambos sexos en la integración del Poder Legislativo, de las Intendencia Municipales, de las Juntas Departamentales, de las Juntas Locales Autónomas de carácter electivo, de las Juntas Electorales, y en los órganos de dirección de los partidos políticos" (art. 1). Para hacer efectiva dicha aspiración, el art. 2 de la referida ley estableció que "para las elecciones que se convoquen (…) y en toda elección de primer grado que se celebre para la integración de las autoridades nacionales y departamentales de los partidos políticos, deben incluirse en las listas o nóminas correspondientes, personas de ambos sexos, en cada terna de candidatos, titulares o suplentes, en el total de la lista o nómina presentada. La presente disposición también regirá para las elecciones de segundo grado a efectos de integrar los respectivos órganos de dirección partidaria". La integración femenina es obligatoria en los 15 primero lugares de cada lista electiva. Y en el caso de Departamento para los cuales la adjudicación de bancas previa a la elección, efectuada por la Corte Electoral determine que el número de representantes nacionales a elegir por el respectivo departamento sea de dos, los candidatos titulares tendrán que ser de diferente sexo. Lo dispuesto rigió para las elecciones internas del año 2009, así como regirá para las elecciones nacionales y

departamentales de los años 2014 y 2015 respectivamente, o sea que no es una solución estable y permanente, intentando más bien cambiar la mentalidad.

## La violencia contra la mujer

A pesar de los textos legales y convencionales –o a contrapelo de los mismos- la mujer, en virtud de su inferioridad física- sufre reiterados ataques contra su integridad, castigos corporales, tratamientos degradantes o humillantes, y hasta la muerte. Se trata más que un problema de regulación normativa, un tema que atañe a la cultura de la sociedad, donde a veces se encuentran arraigados sentimientos atávicos difíciles de erradicar si no es con educación desde los primeros años de vida. Y aun más, los tratamientos agraviantes hacia las mujeres visto por los niños en el ámbito familiar, se ha comprobado que produce un efecto reiterativo en ellos mismos, sin solución de continuidad.

*La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* reconoce "que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre los sexos, que han conducido a la dominación sobre la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre, e impedido su adelanto pleno, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se la fuerza a una situación de subordinación respecto del hombre".

El art. 1 define a la violencia como "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada".

La mencionada Declaración no se limita a definir la violencia contra la mujer sino que en el art. 2 proporciona igualmente algunos ejemplos: la violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; haciendo extensivo el concepto a la violencia perpetrada dentro de la comunidad en general, y a la perpetrada o tolerada por el Estado.

El art. 2 consagra una serie de derechos, sin que ello signifique una enumeración taxativa: el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad y seguridad personal, a igual protección ante la ley, a verse libre de toda forma de discriminación, al mayor grado de salud física y mental que pueda alcanzarse, al derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, y al derecho a no ser sometida a torturas, ni a otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes.

El art. 4 es muy importante, en cuanto busca prevalecer sobre las normas religiosas, de tradición o consuetudinarias, al establecer que "los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla", para ello deberán establecer en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia". Sin duda, que la facilitación del acceso a la justicia por parte de las mujeres agraviadas, constituye una pieza clave para garantizar sus derechos.

En el ámbito interamericano se ha aprobado la denominada *Convención de Belem do Pará* de 1994, que pretende un triple objetivo: prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Este documento

internacional comienza con una conceptualización de qué debe entenderse por violencia contra la mujer: "para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1). Cataloga a la violencia como: física, sexual y psicológica, la cual puede tener lugar, tal como lo establece la Convención de las Naciones Unidas, dentro de la familia, en la comunidad o el Estado. En líneas generales sigue lo establecido por esta última Convención, pero el art. 5 resume el cúmulo de sus derechos estableciendo que "toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Parte reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos". Luego la *Convención de Belem do Pará* organiza la actuación del Estado en este campo, de modo de incidir en el campo cultural y, en el caso de que fracase en dicho ámbito, acudiendo a medidas represivas contra las violadores –personas físicas o jurídicas, públicas o privadas- de los derechos femeninos.

En Uruguay la violencia sobre la mujer se ha visto regulada por ley No. 16.707 o *Ley de Seguridad Ciudadana*, que incorporó al art. 321 bis del Código Penal, el castigo de la violencia doméstica perpetrada por quien "por medio de violencias o amenazas prolongadas en el tiempo, causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco, con independencia del vínculo legal". La pena establecida se incrementará un tercero a la mitad, cuando la víctima fuere una mujer o mediante las mismas circunstancias y condiciones establecidas en lo dicho precedentemente.

Respondiendo a las normas internacionales numerosos países de la región han creado organismos dirigidos a posibilitar y/o facilitar la formulación de denuncias en los casos de violencia. Países como: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guyana, Jamaica y Uruguay, habilitan a los magistrados a decretar medidas cautelares dirigidas a excluir al agresor del hogar conyugal, establecer prohibiciones de acercamiento, de acceso a los lugares de trabajo de las mujeres, y al pago de alimentos por la tenencia de los hijos.

## La mujer en el Derecho musulmán

### La familia

Como hemos expresado, el Corán contiene alrededor de 500 versículos relativos a cuestiones jurídicas. La mayoría pertenecientes al Derecho de Familia y en menor medida al Derecho Penal. En cuanto a las relaciones comerciales hay amplia libertad, lo único notable es la proscripción de la usura.[89] Se trata de una regulación sacralizada, hay un deber ser jurídico que proviene directamente de la palabra de Dios manifestada en el Corán, parte del libro revelado que Dios guarda en el paraíso. El Derecho musulmán rige las relaciones familiares: divorcio, repudio, relaciones pecuniarias, las cuestiones de la filiación, guarda, tutela, obligación alimentaria, etc.; y especialmente que los hijos menores deben ser educados obligatoriamente en la religión musulmana. Según Aldeeb, en la mayor parte de los casos, los derechos y

[89] El Corán. 2.276. *Quienes comen de la usura no se incorporarán el día del Juicio sino como se incorpora aquel a quien le ha dañado, tocándole Satanás. Eso porque dicen: "La venta es similar a la usura". Pero Dios ha declarado lícita la venta y ha prohibido la usura.*

deberes de la mujer musulmana se ubican en un pie de igualdad con los del hombre. La mujer musulmana tiene siempre capacidad jurídica. Puede administrar sus propios negocios a partir de su mayoría de edad –recuérdese que el Profeta ayudó en los negocios de su primer mujer Jadicha- y por el hecho del matrimonio ella no perdió ni su capacidad jurídica, ni su apellido, ni la posibilidad de celebrar actos de comercio sin autorización del marido.[90]

> 2.228. *Las mujeres tienen sobre los esposos idénticos derechos que ellos tienen sobre ellas, según es conocido; pero los hombres tienen sobre ellas preeminencia.*
> 4. *38. Los hombres están por encima de las mujeres, porque Dios ha favorecido a unos respecto de otros, y porque ellos gastan parte de sus riquezas a favor de las mujeres.*

No obstante lo expresado, el mismo Corán establece que el testimonio de un hombre se equipara al testimonio de dos mujeres; y que en una sucesión, estas últimas heredan la mitad de los varones. ¿Es posible lograr algún cambio para que los países musulmanes puedan reconocerle a la mujer un tratamiento homogéneo al del hombre en todos los aspectos? Se ha respondido que no, teniendo en cuenta el origen divino de las normas.

Sin embargo, respecto del Derecho Penal, un número cada vez mayor de países musulmanes ha renunciado a aplicar la ley del talión y los castigos corporales, como los azotes, o la lapidación (apedrear, matar a pedradas), sin que esta decisión mellara las eventuales críticas venidas desde las autoridades religiosas.[91]¿Si es posible hacerlo en materia penal, por qué no en lo relacionado con el estatuto personal? Creemos que la respuesta radica en que concederle una mayor libertad a la mujer significa desconocer la organización de la familia establecida en los textos sagrados, implicaría un cambio tan profundo que provocaría la disolución de la familia tal como fue enseñada por Mahoma. No hay que olvidar que la familia es la base de la sociedad musulmana y, por ese motivo, se encuentra fuertemente protegida, donde cada uno cumple un rol en su ámbito, que permite el desarrollo del respeto y afecto mutuos. Ello explica los avances que pueden percibirse en los Códigos del Estatuto Personal más actuales y a la vez, lo limitado de los mismos.

---

[90] Vernet considera que "el Corán elevó la condición social de la mujer poniéndola a la misma altura que el hombre y le prometió la vida futura sin distinción de razas ni de religiones. Ese estado privilegiado se refleja aún hoy en la legislación islámica que es notablemente más favorable a la mujer que la que en su momento consagró el Código Napoleón de 1804. El Corán dice en la Azora 2 228. *Las mujeres tienen sobre los esposos idénticos derechos que ellos tienen sobre ellas, según es conocido, pero los hombres tienen sobre ellas preeminencia.* Es cierto que queda supeditada al hombre al que le debe obediencia, pero como dice el referido especialista, no nos extrañemos por ello, pues lo mismo ocurre en el catolicismo, cuando en el momento de la boda la mujer jura obedecer al esposo.

[91] 4.19. *Contra aquellas de vuestras mujeres que cometen fornicación, buscad cuatro testigos de entre vosotros. Si dan fe contra ellas, mantenedlas cautivas en las habitaciones hasta que las llame la muerte o dios les dé un procedimiento.*
16.127. *Si castigáis, castigad en la misma forma en que fuisteis castigados, pero si tenéis paciencia, será mejor para los resignados.*
24.2. *A la adúltera y al adúltero, a cada uno de ellos, dadle cien azotes. En el cumplimiento de este precepto de la religión de Dios, si creéis en Dios y en el último día, no os entre compasión de ellos. ¡Que un grupo de creyentes dé fe dé su tormento!*
24.4. *A las que calumnian a las mujeres honradas y no pueden luego presentar cuatro testigos dadles ochenta azotes y no volváis jamás a aceptar su testimonio: esos son los perversos.*
Otfried Höffe señala al respecto que en este tema "no es atípico de la política que se mida según dos criterios distintos: mientras que Estados Unidos protesta contra el apaleamiento de su ciudadano en Singapur, no está dispuesto a escuchar las protestas internacionales contra la pena de muerte aún vigente en varios Estados federales, o contra un régimen penitenciario que en muchos lugares es tan inhumano que ya se acumulan las demandas constitucionales. Una política que mida con doble criterio contradice de la manera más evidente la idea fundamental de la moral jurídica, es decir, la igualdad de trato". Höffe, Otfried. *Derecho intercultural.* España. 2008. p. 49.

El matrimonio (***nikah***).

Para el derecho musulmán el matrimonio es un contrato puramente consensual mediante el cual un hombre se compromete simplemente a darle una dote a una mujer, a procurar su manutención y, como contrapartida, el derecho a tener lícitamente relaciones íntimas con ella. En el Islam el matrimonio es un contrato bilateral basado sobre el libre consentimiento de las dos partes. El derecho musulmán clásico no prescribe ninguna forma oficial para la celebración del matrimonio y será considerado válido aun cuando no sea hecho ante personal religioso musulmán y no se vea acompañado de la lectura de la primera *azora* del Corán. Para que el matrimonio sea válido debe basarse sobre cuatro pilares: la capacidad jurídica de los esposos, su consentimiento, la intervención del tutor matrimonial de la mujer (*wali)* y la constitución de un donativo nupcial o *mahr*.

No obstante, las nuevas leyes sobre el estatuto personal de algunos países musulmanes, si bien reconocen el matrimonio "consuetudinario", tradicional o clásico, celebrado simplemente ante dos testigos, alienta y hasta obliga a celebrar el matrimonio ante una autoridad religiosa o una autoridad civil con connotaciones religiosas y a la inscripción del matrimonio en un Registro del Estado Civil.

El Código del Estatuto Personal sirio de 1975, ratifica las enseñanzas del Corán al considerar que

> Art. 2. *El matrimonio se concluye por la oferta de uno de los contrayentes y la aceptación del otro. La oferta y la aceptación en el matrimonio se hacen por medio de expresiones que signifiquen matrimonio, oralmente o según la costumbre. Se puede hacer la oferta y la aceptación por escrito si una de las partes está ausente de la sesión.*
> Art. 11.1. *Se requiere que la oferta y la aceptación sean acordadas por ambas personas en una sola sesión y que cada uno de los contrayentes oiga las palabras del otro y comprenda que el objetivo es el matrimonio y que no haya por ninguna de las partes, antes de la aceptación, nada que anule la oferta.*
> Art. 12. *Se requiere para la validez del contrato de matrimonio, la presencia de dos testigos varones, o de un hombre y dos mujeres, musulmanes, sanos de mente y púberes, que oigan la oferta y la aceptación y comprendan el objetivo de ambas.*
> Art. 14.3. *Si la mujer exige una cláusula en el contrato matrimonial que restrinja la libertad del esposo en sus actos particulares o afecte los derechos de otro, entonces la cláusula aunque sea válida, no obliga al esposo y si el esposo no la cumple, la esposa que exigió dicha cláusula, podrá demandar la anulación del matrimonio.* [92]

---

92 Según el Código de Familia argelino de 1984, luego de haber proclamado en el art. 2 que "la familia es la célula básica de la sociedad" y que "ella se compone de personas unidas por lazos de matrimonio y por lazos de parentesco", indica en el art. 4 que: *El matrimonio es un contrato celebrado entre un hombre y una mujer en las formas legales. Tiene entre otros fines, fundar una familia basada en el afecto, la mansedumbre y la cooperación, proteger moralmente a los cónyuges y preservar los lazos de familia.*

El Código del Estatuto Personal de Mauritania de 2001 define al matrimonio:

Art. 1. *El matrimonio es un contrato legal por medio del lugar un hombre y una mujer se unen con miras a una vida conyugal durable. Tiene por fin la fidelidad y la procreación por la fundación sobre bases sólidas y bajo la dirección del marido, de un hogar que le permite a los esposos hacer frente a sus obligaciones recíprocas en el afecto y respeto mutuos.*

Art. 2. *El matrimonio se probará mediante acta oficial conforme a las disposiciones del presente Código.*
*El juez podrá admitir otros modos de prueba, en consideración de una determinada situación de hecho.*

Art. 5. *Los elementos constitutivos del matrimonio son: los dos esposos, el tutor "wali", la dote y el consentimiento.*

Art. 6. *La capacidad para casarse se cumple para toda persona dotada de razón, a los 18 años cumplidos de edad.*

Art. 9. *La tutela (wilaya) será ejercida en el interés de la mujer. La mujer mayor de edad no podrá casarse sin su propio consentimiento y la presencia de su tutor "wali". El silencio de la hija joven equivale a consentimiento.*

Art. 10. *El tutor (wali) deberá ser de sexo masculino, dotado de razón, mayor y de confesión musulmana cuando la mujer es musulmana.*

Art. 12. *El tutor (wali) puede mandatar a una persona para celebrar el matrimonio en su lugar.*

Art. 26. *El matrimonio es válidamente celebrado mediante el consentimiento de las partes, expresado en términos consagrados o con la ayuda de toda expresión admitida por el uso. Para toda persona que se encuentra en imposibilidad de expresarse, el consentimiento resultará válidamente de un escrito o de todo signo que expresa de forma cierta la voluntad.*

Art. 75. *El matrimonio es contraído ante un oficial o un agente del Estado Civil quien dirigirá el acto. El acta de matrimonio se registrará por el oficial o agente del Estado Civil dentro de un plazo no superior a los tres a contar de*

Por lo general la capacidad nupcial se establece en un nivel alto: 21 años cumplidos para el hombre y 18 años cumplidos para la mujer, pero el juez puede dispensar la falta de edad "por una razón de interés o en caso de necesidad", tal como ocurre en el Derecho de Familia de los países latinoamericanos.

El Código de Familia de Marruecos de 2003, contiene la misma definición de matrimonio (art. 4) que el Código mauritano. El art. 16 del citado en primer lugar afirma que el acta del matrimonio constituye la prueba válida de su existencia. Si no es posible la prueba de la mencionada acta podrá recurrirse a cualquier medio de prueba así como a la opinión de un experto; el embarazo de la mujer puede ser prueba suficiente. En el referido Código, la capacidad nupcial se establece a los 18 años cumplidos de edad, tanto para el hombre como para la mujer (art. 19).

### El impedimento dirimente por razones religiosas

La *aleya* 27 de la *azura* 4 prohíbe casarse a personas unidas por vínculos de consanguinidad, a las nodrizas que proporcionaron la lactancia, o a personas unidas por vínculos de afinidad. El Islam es un poco más liberal que la religión judía –que sólo reconoce el casamiento entre dos hebreos. Y también, hasta cierto punto, que la religión católica por cuanto esta última no prestaba sus servicios si no era entre creyentes de su propia fe. El Islam, en cambio, tolera el matrimonio de un musulmán con una israelita o una cristiana por ser Gente del Libro (pero no con una idólatra), en cuanto conformarían una familia monoteísta, garantía mínima para la cohesión de la pareja. Se albergaba la esperanza de que en el futuro la mujer abrazara la fe musulmana, pero si no lo hacía, su marido asume la obligación de darle la libertad necesaria para que pueda practicar su religión. A la larga, la conversión se producía para evitar que la mujer no estuviera en desventaja en relación con la guarda de sus hijos o en materia sucesoria. El Corán dice lo siguiente:

> 5.7. *Las mujeres recatadas, creyentes, o de aquellos a quienes se dio el Libro antes que a vosotros, os son lícitas, en cuanto les deis sus salarios como esposos suyos, no como fornicadores o tomadores de amantes. Quien rechaza su fe pierde sus obras, y en la última vida estará entre los perdidos.*

No obstante lo expresado, El Corán no permite la situación inversa, en cuanto una mujer musulmana sólo puede casarse con un musulmán. Ciertamente debemos reconocer que se trata de un privilegio de religión a favor de los hombres. Hay un predominio del marido y de su ley sobre la mujer, y un predominio del padre sobre los hijos. En esta poliginia se produce a la vez un doble privilegio: marital y religioso, y esto último debido a que los hijos deben ser educados en la religión musulmana del padre. Cuando se casa una hija, la autoridad del padre o de un tutor masculino pasa al marido, éste mantiene el derecho a prohibirle a trabajar fuera de su casa, salvo pacto en contrario de los contrayentes. Si la mujer queda en la casa, el marido debe procurar su subsistencia; y si éste no la sostiene, podrá trabajar acatando las normas de la moral islámica.

**La dote.** La entrega de la dote es una condición de fondo indispensable para la validez del matrimonio. De alguna manera es la contrapartida indispensable del régimen de separación de bienes y de las consecuencias pecuniarias que puede tener un repudio. La dote puede ser exigida por la esposa antes de la consumación del matrimonio, y de todas formas se deberá desde la disolución del matrimonio. Su monto

---

*la celebración. Todo matrimonio que no ha sido celebrado de acuerdo a los incisos 1 y 2 del presente artículo, sólo podrá probarse mediante un juicio.*

está sujeto a grandes variaciones, no existe límite alguno impuesto en El Corán. Podría ser conveniente fijar un monto alto de manera que le permita a la esposa afrontar más fácilmente las dificultades en caso de que el marido se divorcie de ella. Y puede ser pagada al contado o a plazos.

Veamos en primer lugar el Código del Estatuto Personal de Siria:

> Art. 53. *la esposa tiene derecho a la dote por el simple hecho del contrato matrimonial válido, tanto si se designa en el contrato matrimonial como si no se designa o se niega totalmente.*
> Art. 54. *No existe dote mínima ni máxima. Todo lo que legalmente constituye una obligación sirve como dote. La dote de la mujer se considera una deuda especial que ocupa el segundo lugar después de la deuda de manutención.*
> Art. 60. *La dote es el derecho de la esposa y la deuda del esposo no se exonera, salvo pagándosela personalmente si ella tiene plena capacidad, a menos que en el acta del contrato matrimonial se haya delegado en un mandatario particular de su cobro.*

El Código de Familia argelino completa la visión al disponer que:

> Art. 14. *La dote es lo que se le paga a la futura esposa en efectivo o en cualquier otro bien que sea legalmente lícito. Esta dote es propiedad de ella y puede disponer de la misma libremente.*
> Art. 15. *Esta dote deberá determinarse en el contrato de matrimonio y su pago podrá ser inmediato o a plazo.*
> Art. 16. *La consumación del matrimonio o el deceso de cónyuge le dan derecho a la esposa a la integridad de su dote. Ella tiene derecho a la mitad de la dote en caso de divorcio antes de la consumación.*

El Código del Estatuto Personal mauritano considera que

> Art. 14. *La dote (sadaq) debe fijarse de común acuerdo de las dos partes o de sus tutores (walis). La dote debe ser lícita, conocida de los dos esposos y exenta de áleas. La dote puede ser pagada al contado total o parcialmente, o a término en un plazo conocido que no entrañe habitualmente un álea.*
> Art. 15. *La mujer no está obligada a aceptar una dote inferior a la dote de paridad, en el caso del matrimonio por mandamiento.*
> Art. 21. *La esposa podrá oponerse a la consumación del matrimonio si la dote fijada y exigible no le ha sido pagada, o si ella no ha sido fijada en el caso de matrimonio de mandamiento.*

Podemos concluir que la dote no choca con los valores esenciales sustentados por los países occidentales, y cuando es negociada puede constituir una protección ante el repudio y la ausencia de una pensión alimenticia luego del divorcio.

## La poligamia

La poligamia es una institución reconocida por el Derecho musulmán. Se basa en El Corán cuando Dios dijo:

> *4.3. Casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Si teméis no ser equitativos, casaos con una, o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Eso es lo más indicado para que no os apartéis de la justicia.*

El Código del Estatuto Personal de Siria, prescribe lo siguiente:

> Art. 37. *No está permitido al hombre casarse con una quinta esposa, mientras no repudie a una de sus cuatro esposas y ésta finalice su 'idda.*
> Art. 47.2. *El matrimonio de la musulmana con un no musulmán es nulo.*
> 4.3. *Casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Si teméis no ser equitativos, casaos con una, o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Eso es lo más indicado para que no os apartéis de la justicia.*

Se trata por tanto, de una facultad del hombre y no de una imposición, pero en definitiva es un privilegio masculino, por cuanto la mujer sólo puede tener un único hombre a la vez. Si se casara con dos hombres cometería adulterio con el segundo marido y, en algunos países sería pasible de lapidación. Como hemos mencionado, se trata de una privilegio establecida por la *Shari'a,* que puede ser excluido mediante cláusulas contenidas en el contrato matrimonial.

La *aleya* que hemos reproducido precedentemente insiste especialmente en la necesidad de ser justos con las mujeres, de lo contrario debe desposarse a una sola. La exigencia de "justicia" alude a la justicia material, o sea a la posibilidad financiera del marido de mantener a sus esposas en cuanto a alojamiento, alimentación, vestimenta, etc. En realidad, la poligamia no fue un invento del Islam, es reconocida aún hoy por otras religiones, como por ejemplo la judía, para no ir muy lejos. Se ha intentado justificar su existencia buscando diversos argumentos: [93]

- si la esposa resulta estéril, la poligamia le permite al marido desposar a otra mujer para asegurar su posteridad sin recurrir a la adopción, la cual está prohibida;
- cuando la mujer sufre una enfermedad grave y el marido no puede aproximarse a ella, la poligamia le permite desposar a una segunda mujer para satisfacer sus necesidades sexuales sin abandonar a la primera y no caer en el delito de fornicación;
- durante los períodos de guerra por los que atravesó el Islam, el número de las mujeres fue superior al de los hombres, la poligamia permitió entonces, reestablecer el equilibrio necesario, asegurando una tasa elevada de natalidad;
- en ciertas situaciones la capacidad sexual del hombre es más fuerte que la de la mujer, lo cual le permite a aquél superar esta situación sin caer en el delito de fornicación.

De todos modos podemos aseverar que se observa una disminución notable de la poligamia en los países musulmanes. Se cita que en Argelia, en 1996, de 2.100.000 matrimonios, sólo 40.000 eran poligámicos y las legislaciones más actuales tienden a imponerle un cierto número de retrancas. Túnez ha prohibido directamente esta institución (art. 18.1) y lo mismo ha hecho Turquía.

Pactos restrictivos de la poligamia. Las legislaciones más recientes de algunos países del área musulmana han establecido algunas medidas para restringir y en cierto modo canalizar, la utilización de esta facultad. Es así que:

- la mujer puede incluir una cláusula prohibiéndole a su cónyuge que se case con otra mujer;
- aún sin cláusula alguna, la mujer puede pedir el divorcio si su cónyuge se casa nuevamente sin ésta haberlo consentido;
- se observa un control cada vez más creciente de los jueces.

A título de ejemplo el Código del Estatuto Personal de Mauritania expresa que

> Art. 28. *La esposa podrá estipular que su marido no despose a otra mujer, que no se ausente por más de un período determinado, que no le prohíba proseguir sus estudios o trabajar, así como cualquier otra condición no contraria a la finalidad del contrato de matrimonio.*
> Art. 29. *La inejecución parcial o total por el marido de las condiciones resolutorias estipuladas por la esposa entrañará, a iniciativa de ella, la disolución judicial del matrimonio y una donación de consuelo (mutáa) cuyo monto será dejado a la apreciación del juez.*

Por su parte, el Código del Estatuto Personal de Siria, advierte que:

---

[93] Al Midani, Mohamed Amin. *La famille musulmane et la Shari'a.* Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours. VV. AA. Strasbourg. 1992. P. 36. Otfried Höffe aporta la siguiente visión del problema bajo nuestro análisis: "bajo determinadas condiciones es incluso posible que el Derecho se convierta en algo injusto. Una forma de vida como la poligamia que, debido a la igualdad de derechos de hombre y mujer tendría que estar absolutamente prohibida según la visión europea, bien podría tener un puesto legítimo en el marco de una ética de la solidaridad familiar. Incluso un teólogo católico, Bénézet Bujo, no se cierra a los argumentos que, para la cultura africana, son de importancia fundamental: que gracias a la poligamia se impide el divorcio y la despedida de la primera mujer, o que así son más valoradas aquellas mujeres que en caso contrario quedarían solteras, algo difícilmente concebible para una mujer africana." Höffe, Otfried. *Derecho intercultural.* Op. cit. p. 210.

*El juez podrá negar la autorización a un hombre que ya esté casado, para casarse con otra mujer, salvo que tenga motivo legal y sea capaz de mantener a ambas mujeres.*

La obligación de informar. El Código de Familia argelino establece en el art. 8 que:

*Se permite contraer matrimonio con más de una esposa dentro de los límites de la shari'a si el motivo se encuentra justificado, si se han reunido las condiciones y la intención de equidad, y luego de haber informado a la esposa precedentes y a la futura. Una y otra podrán intentar una acción judicial contra el cónyuge en caso de faltar este consentimiento.*

La existencia de la poligamia sobre el plano internacional choca con un principio esencial de los países occidentales donde la monogamia se considera un principio indiscutible. Pero en estos momentos el problema e los matrimonios poligámicos más que nada es europeo; piénsese en el hecho de que en Francia hay 4.500.000 de musulmanes, un número muy importante de kurdos vive en Alemania, y que en Italia ya se han detectado que viven la península alrededor de 10.000 matrimonios poligámicos. ¿Qué han hecho estos países? ¿Qué actitud han tomado ante el problema? Si bien la primera reacción de la jurisprudencia fue la de rechazo por considerarlas conductas "degeneradas", luego los ánimos se fueron calmando recurriéndose al denominado orden público atenuado. En esta concepción muy restrictiva del orden público internacional, que si bien evita la celebración de un nuevo matrimonio en el país, sin embargo se le reconocen a los matrimonios anteriores celebrados en el extranjero ciertos efectos -válidos bajo la ley aplicable- como por ejemplo: la participación de todas las mujeres en la liquidación del régimen matrimonial; la indemnización a las viudas de un mismo hombre fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito; la extensión de la obligación de prestación de alimentos respetando el derecho supremo a la vida de todo ser humano; la consideración como legítimos a los hijos de matrimonios poligámicos; y en materia sucesoria cuando se habla de cónyuge, deben quedar comprendidas todas ellas. Esta protección a las mujeres e hijos de matrimonios poligámicos no se detiene ahí, sino que el amparo se ha extendido al derecho de la seguridad social, otorgándole prestaciones por maternidad, pensionarias, médicas, por orfandad, escolares, etc.[94] Algo parecido puede constatarse en la ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007 de Uruguay y reguladora del concubinato, donde en determinadas circunstancias comparece la cónyuge no divorciada y la concubina actual, ante el fallecimiento del hombre.

El tema de la poligamia no debe ser tomado como una cuestión a resolver en bloque, entre blanco y negro y cualquiera sean las circunstancias. En derecho internacional privado parece más justo distinguir diferentes situaciones:

- cuando un varón musulmán pretende casarse por primera vez con una mujer que comparte su fe o con una no musulmana de la Gente del Libro se trata de una situación que puede catalogarse como potencialmente poligámica;
- cuando el varón musulmán pretende casarse con una mujer que comparte su fe o con una no musulmana de la Gente del Libro, habiendo contraído ya nupcias con una o hasta tres anteriores sin llegar en ningún caso a disolverlos;
- cuando el varón no pretende casarse nuevamente sino solicitar el reconocimiento de los hasta cuatro matrimonios que ha celebrado;

[94] Zamora, Javier. *El derecho internacional privado ante el matrimonio musulmán: experiencia francesa y británica y su eventual repercusión en España*. Revista de Derecho Privado. España. p. 114. Soluciones no muy diferentes estableció la ley No. 18.246 sobre uniones concubinarias en nuestro país.

- cuando el matrimonio poligámico no es la cuestión principal sino una cuestión previa: a la filiación de los hijos, al derecho a los alimentos, a la sucesión, etc.

En estos casos cabe calificar a dichos matrimonios como putativos, o interponer la excepción de orden público internacional atenuado.

El Código del Estatuto Personal de Mauritania prescribe que:

> Art. 45. *Está permitido contraer matrimonio con más de una esposa, si las condiciones y la voluntad de equidad se han reunido y luego de la información previa a la antigua y a la futura esposa, cuando se ha estipulado la monogamia.*
> Art. 46. *Está prohibido el matrimonio de una musulmana con un no musulmán. Igualmente está prohibido el matrimonio de un musulmán con una no musulmana que no pertenezca a la gente del Libro.*
> Art. 57. *Bajo la reserva de las disposiciones de la shari'a la esposa podrá ejercer cualquier profesión fuera del domicilio conyugal.*

El Código de Familia marroquí señala que

> Art. 46. *Cuando la poligamia está autorizada, no se celebrará el matrimonio con la futura esposa sino luego de que haya sido avisada por el juez, que el pretendiente es casado con otra mujer y luego de de haber recogido su consentimiento.*

Para Gaudemet-Tallon, si bien el Derecho musulmán admite aún la poligamia, en algunos países se percibe una regresión, y en otros una prohibición lisa y llana de tal práctica o, una reglamentación sobretodo bajo la supervisión judicial. En Túnez está prohibida, en Marruecos la mujer puede exigirle al marido un compromiso de monogamia, y en Irán se somete la poligamia a la autorización del juez. Compartiendo la opinión de la colega, parece ocurrir una evolución inversa en las sociedades occidentales, donde se ha hablado de "poligamia sucesiva" ante la sucesión de matrimonios y divorcios", o aún de poligamia pura y simple, en la medida que el Derecho toma en cuenta simultáneamente los intereses de la esposa y los de la concubina. ¿Por qué entonces, no aceptar con mayor razón, la situación del extranjero polígamo que tiene dos esposas legítimas? ¿Ante esta evolución, hay seguridades de que la poligamia choque realmente el orden público o es un pre-juicio sin fundamento alguno? [95]

Relaciones personales en el matrimonio. En cuanto a las relaciones personales en el matrimonio la mujer musulmana debe obedecer a su marido; por tanto, la potestad marital se encuentra firmemente asentada. Pero en contrapartida, el marido debe respetarla. El marido es el jefe de familia y el primer responsable de sus miembros, de acuerdo a los textos sagrados debe ser paciente con su mujer y perdonarle las simples faltas, debe proporcionarle una sirvienta si en casa de sus padres estaba acostumbrada a tener una, o sea, procurarle un estilo de vida semejante al que tenía de soltera.

Hay que destacar el rol que tiene la autonomía de la voluntad, en cuanto le está permitido a la pareja regular algunas cuestiones en el contrato de matrimonio, como la cláusula anti-poligamia y el repudio *kohl*, pero más allá no puede irse ya que el orden público religioso no permitirá que las cuestiones de familia se diriman por un Derecho distinto del islámico.

El Código del Estatuto Personal de Siria, afirma que:

> Art. 65. *El esposo tiene que proporcionar vivienda a su esposa en un domicilio como el de sus iguales.*
> Art. 66. *La esposa, después de percibir la dote adelantada, tiene que vivir con su esposo.*
> Art. 67. *El esposo no puede vivir con su segunda esposa en la misma casa que su primera esposa sin el consentimiento de esta última.*
> Art. 68. *Cuando el matrimonio es polígamo, es obligación del esposo la igualdad entre las esposas en las viviendas.*

---

[95] Gaudemet-Tallon, Hélène. *La désunion de la couple en droit international privé.* Recueil des Cours. T. 226. 1991. I. P. 230.

> Art. 69. *El esposo no puede alojar a ninguno de sus parientes con su esposa, salvo que sea un niño pequeño incapaz de discernir, si se demuestra perjuicio para ella.*
> Art. 70. *La esposa está obligada a viajar con su esposo, salvo si se estipuló en el contrato matrimonial otra cosa distinta o el juez encuentra un impedimento para el viaje.*
> Art. 72.1. *La manutención de la esposa es un deber del esposo desde el momento del contrato matrimonial válido, aunque ella sea de diferente religión y, aunque ella resida en la casa de su familia, salvo si el esposo le pide trasladarse y ella se niega sin ninguna razón.*

Régimen de bienes en el matrimonio. En el Derecho musulmán el régimen es el de separación de bienes. Cada cónyuge conserva la propiedad de los bienes adquiridos tanto antes como durante el matrimonio. Si la mujer no trabaja se prevé el pago obligatorio de una suma de dinero por el marido a la mujer, una parte antes del matrimonio y la otra luego del divorcio.

El art. 58 del Código del Estatuto Personal mauritano dispone que

> Art. 58. *La mujer dispone con total libertad de sus bienes personales. El marido no podrá ejercer ningún derecho sobre la gestión de su esposa sino cuando ella consumiera por donación más de un tercio de sus bienes.*

## Obligación de alimentos

El Código de Familia argelino establece en el Título III, que el hombre está obligado al mantenimiento de su esposa desde la consumación del matrimonio y también de los hijos; y en caso de incapacidad del padre, le incumbe a la madre cumplir con esa obligación respecto de los hijos comunes; el mantenimiento de los ascendientes le incumbe a los descendientes, y viceversa, según las posibilidades, las necesidades y el grado de parentesco en el orden sucesorio. Considera alimentos la nutrición, la vestimenta, los gastos médicos, el alojamiento o arriendo, y todo lo que fuere necesario según el uso y la costumbre.

## Sucesiones

El Derecho musulmán contiene normas discriminatorias respecto de las mujeres. El Corán otorga a los hijos el doble de las hijas, y al marido el doble de su mujer. Esta solución es contraria el orden público de los países occidentales y se justifica aduciendo que el marido se hace cargo de los gastos del hogar. Los hijos musulmanes no pueden heredar de su madre no musulmana, tampoco si ella cae en apostasía. Pero no debe sorprender demasiado, en Uruguay recién se logró la paridad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el año 1987.

> El Corán. 4.12. *Dios os manda acerca de vuestros hijos. Dejad al varón una parte igual a la de dos hembras; si las mujeres fuesen más de dos, tendrá el tercio de lo que deja el difunto; si fuese una, tendrá la mitad y a cada uno de los dos padres corresponderá el sexto de lo que deje si tuviese un hijo. Si no tuviese hijo, le heredarán sus dos padres, y su madre tendrá el tercio.*
> 4.175. *Al varón corresponde una parte igual a la de dos hembras. Dios os aclara las leyes para que no os extraviéis.*

## El divorcio musulmán

Por siglos ha sido posible en tierras árabes divorciarse de la mujer mediante la palabra. La esposa así divorciada tenía derecho a sus vestidos, y el marido no podía quitarle nada de lo que ella llevare puesto sobre su cuerpo (monedas, cofia, anillos y collares) que constituía una riqueza importante a la hora de la separación. Esta es la razón por la cual, hay tanto adorno personal de la novia en los países orientales Si bien el divorcio está permitido, según Mahoma es el acto lícito más detestado por Dios por lo que constituye un último recurso antes de la disolución de la vida conyugal.

> El Corán. 4.39. *Si teméis una escisión entre ellos dos, enviad un mediador de la familia del esposo y otro de la familia de la esposa. Si los cónyuges desean el arreglo, Dios los auxiliará.*

En el Derecho musulmán el matrimonio puede ser disuelto de tres modos: a través de la anulación o disolución ante un Cadi a pedido de uno de los cónyuges aduciendo motivos graves; a través del divorcio por mutuo consentimiento, generalmente requerido por la mujer a su esposo (*kohl);* o el repudio unilateral por el marido (*talaq).* Las tres producen la disolución del matrimonio pero no todas esas formas de disolución del matrimonio son recomendables.

De los repudios posibles, el *ashan*, es pronunciado de una sola vez por el marido durante el período de pureza de su mujer (fuera del período de la menstruación) y se considera el mejor sistema; el segundo es el *hasan* que requiere ser pronunciado 3 veces durante un período prolongado, no importando que la mujer esté en estado de pureza o no; y el último, que es el menos recomendable: el *talaq bidat*, que consiste en un triple repudio inmediato, que por lo general no tiene buena acogida en la comunidad.

De acuerdo al Código de Familia argelino (art. 56) si se agravan los desacuerdos entre los esposos y si no puede establecerse la culpa de alguno de los dos, podrán nombrarse dos árbitros para reconciliarlos. Uno por los parientes del esposo y otro por los de la esposa, quienes deberán cumplir su tarea en el plazo de dos meses.

El Corán sólo concedió el divorcio a los hombres. La explicación se basa en la circunstancia de que es el hombre quien soporta los gastos económicos del matrimonio: debe mantener a su mujer o mujeres, a sus hijos y al hogar, y además se pensaba que el marido puede controlar mejor los sentimientos que la mujer, evitándose decidir el divorcio por un simple arrebato colérico. No obstante, hay que tomar en consideración un detalle importante: la mujer puede exigir incluir en el contrato de matrimonio el derecho a divorciarse.

En cuanto a los países occidentales, si bien no es posible aceptar en sus territorios la celebración de un nuevo matrimonio respecto de un polígamo, sí es posible recibir la demanda de divorcio de acuerdo a las causales de la ley internacionalmente aplicable, pero no es posible alegar la infidelidad del marido.

Los últimos avances en la legislación de los países musulmanes permiten que la mujer pueda solicitar el divorcio, dejándole un amplio espacio de libertad para recurrir a la disolución voluntaria de su vínculo si así lo desea, siempre precedido de una tentativa de conciliación (Por ejemplo: el art. 102 del Código del Estatuto Personal de Mauritania, el art. 48 del Código de Familia argelino, el art. 105 del Código Sirio del Estatuto Personal y el art. 78 del Código de Familia argelino).

La causales para el divorcio de la mujer son las siguientes: falta de pago de la pensión alimenticia, enfermedad del marido que le impida cumplir con los fines matrimoniales; negativa del esposo durante más de cuatro meses a compartir su lecho con la esposa; condena del marido a una pena infamante privativa de libertad mayor de 1 año; ausencia del marido sin causa excusable por más de 1 año; mediante la prueba de una falta inmoral gravemente reprensible del marido; o debido a cualquier perjuicio legalmente reconocido. El art. 54 del Código de Argelia señala además, que la esposa podrá separarse de su cónyuge si media una reparación según lo acordado entre las partes, el monto de esa reparación no podrá superar la dote de paridad.

El repudio. Como dijimos anteriormente, el Derecho musulmán prevé tres maneras de disolver el matrimonio en forma voluntaria: por el repudio, el rescate requerido por la mujer, o el divorcio. El repudio es un derecho masculino, mediante el cual se pone fin al matrimonio a través de una declaración unilateral de voluntad, sin tener que justificarla de alguna manera y sin pasar por ningún tribunal judicial.

El repudio puede ser definitivo o revocable. La revocabilidad dependerá de la decisión unilateral del marido; si lo revoca antes de los tres meses de haber repudiado a su mujer, se volverá al *statu quo ante*. Puede ser ejercido personalmente por el marido o por un delegado. El Corán recomienda un plazo de reflexión antes de que el repudio sea definitivo para evitar que la disolución del matrimonio se deba a una reacción intempestiva del esposo.

El repudio revocable es comparable a una separación de cuerpos, el matrimonio no está disuelto y el marido puede volver a tomar a su mujer dentro del plazo de 3 meses. Se trata de una suerte de garantía contra los arrebatos del marido. Por el contrario, el repudio irrevocable pone fin al matrimonio. [96] Es indudable que el repudio institucionaliza la desigualdad de la mujer al momento de la disolución del matrimonio: el hombre puede repudiar a la mujer pero la inversa no es posible.[97] La mujer deberá pasar por un proceso judicial para divorciarse unilateralmente.

No obstante las situaciones no siempre son tan simples puesto que la mujer puede negociar con su marido un repudio contra el pago de una suma de dinero – a veces querido por ella (es el repudio *kohl)*, a veces por su marido y a veces por los dos-. Algunos lo califican como "divorcio por mutuo consentimiento" pero el término más ajustado es el de rescate, pues el término *ifadat* evoca la suma pagada por la liberación de un prisionero. La mujer no puede exigirle al marido que la repudie, pero sí pactar en el contrato de matrimonio esta posibilidad y, sobretodo, el monto de la compensación económica que le deberá su esposo.

Los sentimientos de los jueces europeos respecto del repudio han cambiado notablemente. En 1948, el Tribunal de Apelaciones de Roma sostuvo que el repudio -realizado en Siria entre dos sirios- repugnaba la mentalidad moral y jurídica de los pueblos que han obtenido un mayor grado de civilidad y que el

---

96 El Corán. 2.226. *Para quienes juran separarse de sus mujeres, se prescribe una espera de cuatro meses, y si vuelven a ellas, pues Dios es indulgente, misericordioso;*
2.*227. Si persisten en la repudiación, Dios es oyente, omnisciente;*
2.*228. Las repudiadas esperarán tres menstruaciones antes de volverse a casar. No les es lícito ocultar lo que Dios haya creado en su seno;*
2.*229. El repudio con reconciliación posterior es lícito dos veces;*
2.*230. Si la repudia por tercera vez, ella no le es lícita después, hasta que se haya casado con otro esposo*
2.*231. Cuando repudiéis a las mujeres y haya alcanzado el término de los cuatro meses, volvedlas a tomar, según lo establecido, o liberadlas según lo establecido, pero no las retengáis por fuerza, con el fin de infringir los preceptos de Dios;*
2.*232. Cuando repudiéis a las mujeres y hayan alcanzado su término de cuatro meses, no las impidáis que se casen con sus nuevos esposos, si mutuamente se satisfacen según lo establecido.*
2.*233. Sobre el padre recaerá el alimento y el vestido de la madre repudiada, según lo establecido. No se obliga a nadie, más que en la medida de su capacidad. No se apremiará a la madre en su hijo ni al padre en su hijo.*
2.237. *No cometéis falta si repudiáis a las mujeres que no habéis tocado o a las que no les habéis asignado dote.*
2.*238. Si las repudiáis antes de haberlas tocado, pero habiéndolas prometido en dote, dadles la mitad de la suma con que os obligasteis, a menos que ellas rehúsen o rehúse quien tenga en su mano la celebración del matrimonio. El desistir está más próximo a la piedad.*
43. *4. Quienes repudian a sus mujeres y luego se arrepienten de lo que dijeron, liberarán un esclavo antes de volver a tocarse.*
43.*5 Quienes no encuentre el esclavo, ayunará dos meses seguidos antes de tocarse. Quien no pueda, alimentará a sesenta pobres.*
65.*1. ¡Oh, Profeta! Cuando repudiéis a las mujeres, repudiadlas al final de su plazo de espera. ¡Contad el plazo! ¡Temed a Dios, vuestro Señor! No las expulséis de sus casas, ni ellas salgan, a menos que hayan cometido una torpeza manifiesta.*
65.*2. Cuando hayan alcanzado el fin de su plazo, tomadlas según está establecido o sacadlas según está establecido.*
*65.5. Dad alojamiento a las repudiadas dondequiera que os alojéis, según vuestros medios. No las menospreciéis con el fin de capitidisminuirlas. Si están embarazadas, gastad en su subsistencia hasta que den a luz su carga. Si ellas amamantan a vuestro hijo, dadles sus salarios y consultaos según está establecido.*

97 Quiñones Escamez, Ana, *La réception du nouveau Code de Famille marocain (Mudawana-2004) en Europe.* Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesuale. XL. 2004. 3. p. 886 y 887.

matrimonio occidental tiene un contenido ético y social del que carecían los pueblos orientales. Hoy esas expresiones son juzgadas de intolerantes e intolerables.[98]

A diferencia de la poligamia –que va decreciendo- el repudio es muy practicado en los países musulmanes, se encuentra regulado detalladamente en El Corán, que prevé para la mujer repudiada una compensación especial y una cuota en la sucesión de su ex-marido. Según Campiglio, la triple fórmula (*talaq, talaq, talaq)* que originalmente debía pronunciarse a través de un espacio de tiempo bastante prolongado como para permitir la reflexión masculina, hoy suele ser proferida de una sola vez, e incluso telefónicamente.[99] Túnez rechaza el repudio en el art. 31 del Código del Estatuto Personal y la tendencia general es hacia la judicialización en el ejercicio del repudio.

Quizás uno de los temas más ríspidos sea el de considerar si se le debe otorgar al repudio un reconocimiento internacional. Se encuentran indudablemente vulnerados los principios de igualdad de los sexos y el de no discriminación, en tanto coloca en una situación de debilidad a la mujer repudiada. No obstante, los países occidentales han comenzado a reconocerle eficacia extraterritorial si se dan ciertas condiciones: que el repudio haya sido pedido por la mujer; o que sea la mujer quien solicite el exequátur de un repudio practicado en el extranjero; que se hayan respetado las garantías procesales mínimas y que esta última obtenga una compensación económica, denominada “donación de consolación o de consuelo”. En suma, lo que se rechaza es el repudio unilateral no aceptado, pero sí el consentido.

Las razones se fundan en que si se rechazara su eficacia extraterritorial estaríamos perjudicando a la mujer musulmana, en cuanto en Occidente se la seguiría considerando como casada con una persona que no desea y ello le impedirá desposarse nuevamente con otra. Incluso si la mujer fallece y deja bienes en Occidente, la negativa a reconocer el repudio practicado en el extranjero le permitiría al “marido” comparecer a la sucesión de su “mujer”. También tendría consecuencias sobre la filiación de los hijos nacidos luego de la repudiación.

Si los jueces resuelven asimilar el repudio tal como está consignado en El Corán al divorcio, en Uruguay su reconocimiento no puede quedar subordinado a los controles que deben realizarse sobre una sentencia constitutiva proveniente del extranjero, porque no hay tal decisión (art. 537.1, 539.3 y 539. Código General del Proceso). Si, por el contrario, un musulmán desea repudiar a su mujer en Uruguay por un matrimonio contraído en un país musulmán -aún cuando sea un único matrimonio el que ha celebrado- no podrá hacerlo, porque según nuestro ordenamiento jurídico sólo podrá solicitar el divorcio por vía judicial. Hay que tomar en consideración que la disolución voluntaria del vínculo matrimonial integra una categoría diferente a la del matrimonio y, por tanto, no se halla regida por la ley del lugar de celebración; y en segundo lugar, que la disolución voluntaria del matrimonio únicamente puede obtenerse mediante un divorcio y a través de un procedimiento judicial. En nuestro país, únicamente los jueces pueden disolver el matrimonio en vida de los cónyuges, lo cual significa un trámite más complejo que un simple repudio privado.

---

[98] Campiglio, Cristina. *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana.* Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale. XLIV. 2008. 1. p. 42.

[99] Ibídem. p. 44. *Talaq* es un concepto genérico que comprende todas las formas de ruptura voluntaria del matrimonio: el repudio propiamente dicho, el aceptado por la mujer, el divorcio por mutuo consenso y el divorcio judicial a pedido de uno o de los dos cónyuges. El problema se presenta cuando el documento sólo consigna que “el hombre repudió a la mujer” y es difícil comprobar la participación de la mujer. A veces es difícil precisar si el *talaq* se pronunció en el extranjero, lo cual genera un problema de localización para determinar la ley aplicable.

Nos parece interesante consignar a texto expreso algunas soluciones de Derecho positivo proporcionada por los países musulmanes. El Código del Estatuto Personal de Siria afirma en el art. 85.1.

> Art. 85.1. *El hombre goza de plena capacidad para repudiar a los 18 años cumplidos. 2. El juez puede autorizar el divorcio (talaq) o el repudio efectivo del púber casado antes de los 18 años si existe beneficio en ello.*
> Art. 87. 1. *El repudio puede realizarse oralmente o por escrito, así como por gestos inequívocos, si está imposibilitado para hacerlo de ambas maneras. 2. El esposo puede delegar en otra persona para el divorcio y confiar a la mujer su propio divorcio.*
> Art. 91. *El esposo tiene derecho a repudiar a su esposa tres veces.*
> Art. 94. *Todo repudio es revocable, salvo el que se completa el repudio triple, el repudio anterior a la consumación del matrimonio, el repudio por compensación y los repudios definidos como irrevocables por este Código.*

En cuanto al Código del Estatuto Personal de Mauritania

> Art. 83. *El repudio es la disolución del matrimonio por voluntad unilateral del marido. El marido que desee divorciarse de su esposa, deberá dirigirse al juez o al conciliador (mouslih) para que tome en consideración esta voluntad. El juez o el mouslih deberá en tal caso, convocar a la mujer proceder a una tentativa de conciliación. Si el marido persiste en repudiarla, el juez o el mouslih registrarán el repudio y determinará las consecuencias con el acuerdo de los esposos.*
> Art. 84. *En todo caso, la esposa repudiada podrá actuar judicialmente para exigir los derechos que deriven del repudio, entre otros la subvención para el mantenimiento y la donación de consolación.*
> Art. 85. *El repudio no podrá recibir sanción judicial:*
> 3. *Si ella ha sido expresada mediante una fórmula oral o escrita que implique la ruptura del lazo conyugal, o por cualquier otro signo no equívoco si se trata de un mudo iletrado.*
> Art. 86. *Tendrá efecto inmediato todo repudio no subordinado a una condición suspensiva.*
> Art. 87. *Para determinar si el repudio es simple, doble o triple, se deberá buscar la intención y la voluntad declarada de su autor.*
> Art. 88. *Todo repudio es reputado revocable, salvo que sea mediante compensación o pronunciado por tercera vez, luego o antes de la consumación.*
> Art. 95. *Si el marido da mandato a su mujer para pronunciar su repudio, ella podrá dentro de los límites del mandato, pronunciar un repudio simple, doble o triple.*
> Art. 96. *El marido podrá renunciar a título definitivo e irrevocable al repudio en provecho de su mujer.*
> Art. 135. *El repudio se registrará en los Registros del Estado Civil.*

El carácter religioso de un divorcio no impide su reconocimiento, el problema se presenta cuando las autoridades religiosas se han limitado a constatar la repudiación sin realizar controles adicionales.

¿Las repudiaciones son actos puramente privados? Los divorcios privados son aquellos que resultan de la voluntad común de las partes (mutuo consentimiento) o de la voluntad unilateral de una de ellas (repudio o *talak* musulmán). No es la ausencia de formas judiciales lo que es un obstáculo, porque aunque las hubiera estas últimas sólo constatarían el repudio –que recordemos proviene de un precepto divino- sin poder oponerse a la voluntad común de los esposos o a la voluntad unilateral de uno de ellos, lo mismo en cuanto a la publicidad. Y aún cuando pueda reclamarse daños y perjuicios, es la entera y absoluta libertad del marido ejercer la repudiación sin tomar en consideración la voluntad de la mujer, lo que choca el orden público internacional de los países de acogida. Sin embargo, no bastaría este hecho para impedir su reconocimiento, puesto que de desconocerse el repudio, privaría a la mujer de los derechos que pudiera tener como divorciada. Para la doctrina francesa debería reconocérsele efectos extraterritoriales a la repudiación cuando la mujer demandó la repudiación o no se oponga a ella. No debería dejarse de reconocer la disolución del vínculo si estamos en presencia de un mutuo consentimiento.

# La situación de la mujer en China

La familia china tradicional era de tipo patriarcal en cuanto el jefe de la familia era el padre, y la mujer y los hijos le debían obediencia, que como hemos mencionado tenía un basamento común con el Estado de acuerdo a las concepciones confucianas. Era una regla moral básica el respeto a la autoridad paterna o piedad filial enmarcada por los ritos. La prohibición más importante era la prohibición de dividir el bien familiar. En la antigüedad todos los bienes del anciano pasaban íntegramente al hijo mayor, salvo durante la vigencia de la dinastía Han, donde se lo obligaba a repartir la mitad de la herencia entre sus hermanos menores; además, la situación de la mujer en el seno de una familia netamente patriarcal estaba claramente subordinada. Por tanto la familia tenía una conformación clánica y además agnática, donde los matrimonios eran arreglados.

Si bien la familia monógama era la base de la sociedad china, se permitía que el varón tuviera varias concubinas ("un marido, una esposa, varias concubinas"). En la antigüedad la organización era clánica y todos llevaban el mismo apellido, la obligación era casarse con alguien fuera del clan. La mujer pasaba de la familia paterna a la del marido -integrante de otro clan, como hemos dicho- en forma definitiva, y si éste fallecía tenía que pedir autorización a la familia de éste para volver a casarse. La principal forma de disolución del matrimonio era la repudiación masculina, bajo las causales de adulterio, no cumplimiento de la mujer de sus obligaciones respecto de sus suegros, el sufrimiento de la mujer de alguna enfermedad grave, etc.; salvo durante la dinastía Tang donde se permitió el divorcio por mutuo consentimiento.

## La ley sobre el matrimonio.

Mao Zedong se propuso transformar el sistema económico tradicional feudal que tenía más de 4 mil años, y uno de los medios para hacerlo consistió en reestructurar la familia tradicional, lo cual llevó a la introducción de un nuevo régimen matrimonial donde, al igual que en la sociedad, ninguna persona fuera explotada por otra. Cada persona –hombre o mujer- podía producir de acuerdo a sus capacidades y ser retribuida de conformidad con sus necesidades. Mao aspiraba a que la mujer tuviera influencia en la esfera pública.

Las reformas debían conducir –y así se hizo- al reconocimiento de la igualdad entre los sexos, a la instauración de un matrimonio más democrático, a la posibilidad de solicitar el divorcio por cualquiera de los cónyuges, y sobretodo a la libertad para elegir pareja desechando los matrimonios arreglados por los más ancianos para mantener el linaje. La propia experiencia vital de Mao fue un catalizador para implantar estas reformas: su padre había arreglado que se casara con una mujer 7 años mayor que él y ante su negativa, huyó de la casa. Además, los suicidios de mujeres que se negaban a participar en matrimonios arreglados era algo muy frecuente. El propio Mao utilizó como recurso propagandístico el caso de la joven Cho Wu-Chieh, quien el día de la ceremonia se cortó la garganta con una daga para evitar casarse con un hombre mediante un casamiento arreglado por su familia.

En 1926 el gobierno chino redacta un documento denominado *Resoluciones en el movimiento de las mujeres*, que fue la base para crear más tarde, en 1950, la primera ley sobre matrimonio, modificada en el año 1980 y luego en el año 2001.

El art. 1 de la ley proclamó el fin del sistema feudal de matrimonio proclamando la libertad absoluta para contraerlo, impuso la monogamia, la igualdad de sexos, prohibió el concubinato y la bigamia[100], y el matrimonio entre menores de edad -la edad mínima para casarse era 20 años en el hombre y 18 en la mujer- o el intercambio de esposa por bienes, y se permitió que las mujeres viudas pudieran contraer nuevamente matrimonio; por último, se reconoció el divorcio.

Los bienes adquiridos durante el matrimonio tenían la calidad de gananciales. Proclamó por último –antes que la ley uruguaya- que los hijos extramatrimoniales tenían los mismos derechos que los habidos dentro del matrimonio. Cubrió también las reclamaciones alimentarias entre los miembros de la pareja, así como respecto de las relaciones paterno-filiales. Los historiadores de la época consideran que estas reformas constituyeron una verdadera hazaña del gobierno comunista, en cuanto logró quebrar eficazmente, la estructura social jerárquica imperante hasta entonces. A partir de dicho momento, el patriarca perdió todo tipo de autoridad y de recursos, salvo los que pudieran provenir de su propio esfuerzo o de la ayuda que le pudieran proporcionar sus hijos.

Ante la entrada en vigor de la referida ley, los hombres, los patriarcas y las suegras se rebelaron: los primeros debido a que eran aceptados como superiores y decidían por las esposas; los segundos porque también se les terminaba su poder de mando; y las últimas debido a que dentro de la jerarquía feudal la esposa debía servir a su esposo y a la madre de este último, sin replicar. Con las reformas instauradas la mujer dejó de ser un objeto sexual destinado a la reproducción y se le reconoció una libertad como nunca antes habían tenido: para casarse, para divorciarse, o para formar parte de la vida laboral del país.

Como hemos mencionados, la ley del año 1950 fue sustituida por otra -que es la actualmente vigente- la cual fue aprobada el 10 de setiembre de 1980 y enmendada el 28 de abril de 2001, siguiendo los mismos lineamientos de la época revolucionaria. El art. 2 hace hincapié en que el matrimonio es un acto de libre elección basado en la igualdad del hombre y la mujer. Se protegerá en forma preferente los derechos de las mujeres, los niños y las personas de edad avanzada. Quedan prohibidos los matrimonios por dinero, o arreglados por terceros. Se prohíbe la bigamia, así como el maltrato y la deserción familiar. No se permite la cohabitación con otra persona que no sea la esposa. Los esposos se deben lealtad y apoyo mutuos.

La edad para contraer matrimonio sigue siendo alta: 22 para el hombre y 20 para la mujer. Existen impedimentos legales para contraer nupcias (parientes consanguíneos); o el padecimiento de una enfermedad que inhabilita a tener un matrimonio pleno.

El trámite para la celebración del matrimonio es simple: la pareja se presentará ante la Oficina Matrimonial y una vez comprobados el cumplimiento de los requisitos legales, se celebra la ceremonia expidiéndose el certificado correspondiente. Si el matrimonio fue celebrado bajo coacción, podrá demandarse su anulación ante el Registro o ante el Tribunal del Pueblo. Igualmente podrá reclamarse la disolución del matrimonio si uno de los cónyuges frena la libertad del otro. Los bienes adquiridos durante el matrimonio tendrán la calidad de gananciales y serán enajenados de común acuerdo, pero las partes

[100] Sin embargo, ese descalce o diferenciación entre los géneros favorable al varón, "ha tenido como consecuencia negativa para las mujeres, que para acceder a un determinado nivel material, un número no desdeñable de mujeres entre ellas han resuelto explotar el único recurso al que pueden tener acceso: a sí mismas. El fenómeno de las 'segundas esposas', de las mujeres que aceptan una relación estable con hombres ya casados pero con fortuna, por medio de las cuales van a mantenerse, es un fenómeno frecuentemente observado en China, dando actualidad a la vieja práctica del concubinato". Yao, Luo. *Le droit et les évolutions sociales de la famille.* Regards croisés. Le Chine et le Droit. No. 1. Janvier-février. 2008.

pueden pactar un acuerdo similar a capitulaciones matrimoniales estableciendo otro régimen. Los cónyuges tienen la obligación de mantenerse mutuamente; y tienen la obligación de criar y educar a sus hijos.

La mujer, los padres y los niños del causante tienen derecho a heredar. Los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán los mismos derechos que los nacidos dentro del mismo, con las mismas obligaciones hacia los padres. No se permitirá maltrato o discriminación entre padrastros e hijastros.

El divorcio es un trámite sencillo donde el esposo o esposa que lo desee se presentará ante la Oficina registral solicitando el divorcio y luego de establecer que hay voluntad efectiva de divorciarse y que existe acuerdo sobre el cuidado de los hijos, sobre la disposición de los bienes, y que la mediación ha fracasado, se procederá a declararlos divorciados y a expedir el certificado correspondiente que así lo acredite. Las causales para divorciarse son: bigamia o cohabitación con terceros, violencia doméstica, hábitos de juego o de adicción a las drogas, incompatibilidad que ocasionó a una separación por 2 años, o cualquier otra causal que provoque la pérdida del afecto mutuo. El divorcio puede rechazarse durante el embarazo de la mujer, o durante el año siguiente al parto.

La madre tiene derecho a la custodia de los hijos que estuviere amamantando, fuera de este caso y no habiendo acuerdo sobre la custodia de los niños, el Tribunal Popular decidirá de acuerdo a los intereses del niño y las condiciones reales de ambas partes. Se reconoce el derecho de visita para el padre o la madre que no tenga la guarda o custodia del niño.

## La situación de la mujer en India

Durante la vigencia de las primitivas culturas agrícolas se afirmó la primacía femenina practicándose el matriarcado como forma de organización social, pero al desplazarse las tribus arias hacia India e instalarse allí, se fue imponiendo el predominio del varón, y la mujer fue perdiendo el estatuto de que gozaba, que era similar al del hombre. “Aunque Manú, el codificador de la sociedad aria preconizaba como mandato de los dioses la protección a la mujer, señalando que como madre debería ser reverenciada mil veces más que al padre, en las normas que regulan las relaciones entre los sexos se impuso la preeminencia masculina, típica de la antigua organización social de la India, de la cual se decía que en ella ‘el hombre era un rey, el joven un príncipe y la mujer una esclava al servicio de los dos’”.[101]

Una vez muerta su pareja la mujer era presionada para practicar el *sati*, o sea la inmolación en la pira funeraria de su esposo, práctica que venía de los tracios y escitas. A ello se le agregaba la prohibición para conocer los textos védicos, la de casarse a las viudas, la pérdida del patrimonio familiar cuando se desposaba, y la práctica de compromisos matrimoniales entre niños.

Los musulmanes cuando fueron gobernantes también influyeron negativamente sobre el tratamiento a la mujer: se impuso el uso del velo (*pudra*), la reclusión en el hogar y la exclusión de la educación. Una vez casada debía mudarse a la casa paterna del marido y quedaba sometida a la autoridad de la suegra, encargándose de las tareas domésticas, o sea, que pasaba de la servidumbre de una familia a otra.

La práctica de la dote -mecanismo que en un principio se pensó como favorable para la mujer en cuanto le adjudicaba un peculio- se convirtió en una actividad puramente mercantil, objetivando a las mujeres. Aún hoy las novias se intercambian por 2 televisores, 1 refrigerador, 2 aparatos de aire acondicionado, un auto

[101] *La Mujer*. Observatorio Virtual Asia Pacífico.

y/o una moto. Muchas veces ese pacto es precario, ya que durante el matrimonio puede continuar exigiéndose más dinero o bienes materiales, y si la familia de la novia no cumple, la joven esposa puede morir incendiada por la suegra, quien generalmente es la autora material, ayudada por las hijas y en presencia o no del marido, sin que esos delitos lleguen a ser totalmente castigados. Esta práctica le permite al novio casarse nuevamente y reiniciar la negociación de una nueva dote con otra familia.[102]

El advenimiento de la independencia benefició a la mujer. La ley sobre matrimonio hindú impuso la monogamia, reconoció a cualquiera de los dos cónyuges la posibilidad de divorciarse y estableció que durante el matrimonio las obligaciones son recíprocas entre los cónyuges y no como antes, exclusivas de la mujer; prohibiéndose además, la exigencia de una dote.

En materia sucesoria, la legislación sobre sucesiones -que antiguamente sólo permitía la sucesión por línea masculina- la colocó en un mismo pie de igualdad con el hombre a la viuda, a la hija y a la madre. Se alentó su educación y a partir de ahí la mujer fue ocupando importantes cargos públicos, como por ejemplo la jefatura de Estado, que en su momento estuvo a cargo de Indira Gandhi.

La ley sobre el matrimonio. La categoría matrimonio fue regulada por la ley No. 25 de 18 de mayo de 1955 para los hindúes (con el ámbito de vigencia ya detallado en el capítulo correspondiente), mediante la cual se permite la celebración de matrimonio entre personas mayores de 21 años para el hombre y 18 años para la mujer. Para contraer nupcias no debe existir un matrimonio anterior no disuelto, y las personas deben ser capaces.

En cuanto a la forma, ésta se desarrollará atendiendo "los ritos tradicionales y ceremonias de cualquiera de las partes" (art. 7.1). "Cuando estos ritos y ceremonias incluyan la *saptapadi* –la práctica de dar 7 pasos ante el fuego sagrado por partes de los novios- el matrimonio no llegará a ser completo y vinculante hasta que el séptimo paso sea dado". De acuerdo con el art. 8, con el objetivo de facilitar la prueba de los matrimonios hindúes, el gobierno obliga al registro del matrimonio, bajo la sanción de multas.

El matrimonio puede ser anulado ante la falta de consumación, debido a la impotencia del demandado o por falta de capacidad de los contrayentes; también puede solicitarse la anulación si el consentimiento fue dado por la fuerza o por medio del fraude; o cuando la demandada se encontrare al momento del matrimonio embarazada de otra persona que no fuere su cónyuge. Además, puede disolverse por divorcio a pedido de cualquiera de los contrayentes. Las causales son variadas y tienen relación con razones religiosas, físicas o de conducta. Por ejemplo, que el demandado tuvo relaciones con otra persona, cuando hubo maltrato, abandono por más de 2 años, o cuando el demandado ha abandonado la religión hindú para convertirse a otra religión; por desequilibrio mental que impida la convivencia, por sufrir de lepra o de sífilis; o haber renunciando al mundo para ingresar a cualquier orden religiosa; por una ausencia constatada por más de 7 años, etc.

Se castiga los matrimonios de menores de 15 años, propiciando la petición de divorcio siempre que se presente antes de que la mujer cumpla los 18 años de edad. Hay una regla general contenida en el art. 14,

---

[102] "El 17 de marzo de 1979, en casa de sus padres políticos y en presencia de su suegra, su cuñado y dos cuñadas, Sashi Bala, joven esposa del hijo mayor de la familia, ardía en llamas. Su madre tuvo que enfrentar a una suegra airada: 'no podía saberse si el cuerpo era de un hombre o una mujer, era sólo un bulto retorcido tirado en una esquina del patio (…). La suegra ni siquiera quiso darme una sábana para cubrir el cuerpo y me dijo que recogiera mi basura y limpiara el patio. Mi yerno planea casarse otra vez. Contaba con 23 años de edad y esperaba un hijo". Devalle, Susana. *Las mujeres no son para quemar*. Revista Femenina. P. 55. También en *La dote y acumulación de capitales.* Estudios de Asia y África. 1982. XVII. 3. p. 419 donde la autora relata otras historias similares.

que establece que no se admitirá ninguna petición de divorcio antes del año de celebrado el matrimonio. La persona divorciada está habilitada para casarse nuevamente. La bigamia y la poligamia se castigan con la prisión.

Los tribunales competentes para resolver las demandas de divorcio, a opción del actor, son: los del último domicilio conyugal, los del domicilio actual del demandado o los del lugar donde se celebraron las nupcias. Pero el domicilio del actor puede considerarse relevante para el caso de ausencia del cónyuge por más de 7 años, o cuando éste resida en el extranjero.

En el art. 25 se regulan las prestaciones de alimentos que se fijarán de acuerdo a las posibilidades de uno y necesidades del otro, durante el tiempo necesario y mientras no cambien las circunstancias.

¿Cuánto ha impregnado la realidad, la entrada en vigor de estas leyes que promocionan a la mujer? Resulta difícil realizar generalizaciones, por el motivo de que en el país existe una extrema diversidad cultural, regional, lingüística, religiosa y de casta, además de las mujeres tribales, contempladas especialmente junto con los sin castas en las promociones legales positivas. Como acertadamente afirma Stephanie Tawa Lama-Rewal, las relaciones entre hombres y mujeres en India, deben ser pensadas en el interior de esta gran diversidad.[103] Para dar un ejemplo de la distancia entre la realidad y la ley, según cifras extraoficiales alrededor de 25.000 mujeres mueren anualmente en manos de la familia de sus esposos por causa de una dote insuficiente o que se quiere renegociar. El número impacta, aun cuando debemos disolverlo en el número de habitantes de este país, que se acerca a los 1.200 millones.

Además tenemos el caso de los feticidios femeninos, ayudados por los adelantos tecnológicos como las ecografías, que permiten saber con la suficiente antelación el sexo del bebé. Aún cuando se prohíba legalmente la realización de ecografías con ese único motivo, la desobediencia a la ley es patente. La consecuencia es que en la actualidad hay 927 mujeres por cada 1000 y que en las próximas décadas faltarán 35 millones de féminas. No sólo el aborto contribuye a la disminución de la población femenina sino también las dificultades para acceder en la infancia a una nutrición adecuada, a los servicios de sanidad, a los educativos, o al hecho de que trabajan más precozmente.

Ese comportamiento de rechazo hacia una hija mujer proviene de causas religiosas, en tanto que en el hinduismo ortodoxo les corresponde a los hijos el cumplimiento de determinados ritos en las ceremonias fúnebres de sus padres. A ello se le agrega la organización patrilineal de las familias rurales, al desarrollo del consumismo que ha permitido la reafirmación de la dote, y al hecho de que la mujer pasa a servir a la familia de su esposo una vez casada. Al considerárselas mujeres sin valor son educadas en esta cultura de la inferioridad por su género.[104] Todo ello trae como consecuencias: una baja alfabetización de la mujer, la aparición de anemias, una fuerte tasa de fertilidad que implica casi 4 hijos por cada mujer, el fallecimiento precoz de las niñas, y el empleo informal sin ninguna protección social. No obstante, y como hemos dicho, hay que distinguir las regiones del norte de las del sur; y la situación en los núcleos urbanos y en los rurales; así como a la religión a que pertenezca la mujer, por ejemplo si pertenece a la religión musulmana.

Posiblemente la dote tal como es practicada en India sea uno de los elementos que más choque a la mentalidad occidental, en cuanto una mujer es intercambiada por un auto o por dos televisores y más

[103] Tawa Lama-Rewal. Stephanie. *Les femmes en Inde.* Rayonnement du CNRS No. 47 mars 2008.
[104] Ibídem.

enseres necesarios para la familia del novio y no para el nuevo hogar. Se halla muy difundido el caso de Nisha Sharma, joven estudiante de informática, que vio como en el día de su boda la familia del novio intentó renegociar la dote exigiendo además de un automóvil, un televisor, un refrigerador y una cocina, el equivalente a unos 33.000 dólares. Ante esta situación Nisha no vaciló en llamar a la policía y denunciar la demanda ilegal de la dote impuesta por su futura familia política. Su caso se conoció inmediatamente en toda India y sirvió como paradigma de lucha a las mujeres.

No obstante, no todo es tan obscuro en el futuro de las mujeres indias, por cuanto su activismo data de mucho tiempo, al organizarse en 1920 a través del *Movimiento Indio de Mujeres*. Según Tawa, la participación parlamentaria es del 8% que contrasta con más del 33% en los cargos locales, ya que legalmente se ha establecido reservarle un tercio de dichos cargos. En los cargos ejecutivos su presencia también es importante, ejerciendo la jefatura de numerosos Estados de la Unión India. Sin duda que todo comienza por la educación, las cuales difieren –nuevamente- en razón de las regiones, de las castas y de los sexos; sobre la educación femenina influye la falta de baños específicos para ellas en las escuelas, la lejanía de estas últimas en relación con el domicilio de las niñas lo cual puede volver peligroso el trayecto de ida y vuelta, etc. Los matrimonios precoces obstaculizan la promoción de las mujeres, ya que aún con la prohibición legal de casarse antes de los 18 años, la ley no es acatada y se estima que alrededor de un 46% de las mujeres se casan antes de esa edad; en las áreas rurales la proporción asciende al 55%, lo cual hace la hace entrar en embarazos precoces y repetidos, con los consiguientes problemas de salud.[105]

[105] Lambotte-Saligari, Alexandrine. *Le problème de l'éducation des filles en Inde.* Hournée "Femmes et développement: ici et là-bas. 13/11/2010.

# CAPÍTULO 7

# EL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

## Sección 1
## El menor y el respeto a su interés superior sobre el plano internacional

### Introducción

Será difícil encontrar otro concepto dentro del Derecho que, como el interés superior del menor, haya tenido tantos calificativos dotados de una variedad tan extrema y de naturalezas tan diferentes. Alfa y omega del derecho de familia; principio general de derecho; noción proteiforme; bolsa donde todo cabe; noción funcional y operativa. Tantos adjetivos -muchas veces provenientes del mismo intérprete- genera la duda acerca de si es posible encontrar algún núcleo compartido entre todos los estudiosos, como forma de que el tan recurrido "interés superior del menor" pueda ser un concepto realmente operativo en el campo del Derecho. Muchos de ellos –la mayoría- reflejan una actitud de simpatía en cuanto a adoptar una actitud favorable hacia la minoridad. Otros, dan la impresión de recelo, de reserva, cuando no de displicencia. Pero, más allá de las actitudes subjetivas de cada quien, lo que asombra es la diferente naturaleza que esas expresiones reflejan en cuanto a un concepto que para convertirse en universal –como es su aspiración- debería tender a la mayor uniformidad posible en su inteligencia.

El realce de cada cualidad repercute en su forma de funcionamiento: concepto abstracto y general y, por tanto, inmutable; noción concreta y específica y, por ende, cambiante, constituyen en forma resumida algunos de los abordajes que el intérprete podría realizar. Parecen demasiados atributos para una sola idea. Si hay alguno que los reúne a todos, sería el de ser un concepto mutante. Y esa extraordinaria transfiguración de la que está dotado -ésta sí realmente mágica- a nuestro modo de ver constituye una de las mayores dificultades para realizar un análisis científico con chances de éxito.

A ello hay que agregar que si esta exploración resulta compleja en derecho interno, lo es más aún en el ámbito del derecho internacional privado donde, como sostiene la profesora Durán Ayago, todos los problemas tienen el coste agregado de su internacionalidad.[106] De todas maneras el concepto se encuentra firmemente asentado en los derechos internos de la mayoría de los países del mundo, luego de la redacción de textos internacionales que han tenido una amplísima aceptación; lo cual obliga a examinar con detenimiento su influencia en el derecho internacional privado. Esa es la finalidad de este estudio, y para satisfacerla nos apoyaremos en la doctrina, la legislación latinoamericana de derecho interno y de derecho internacional privado, y en la trayectoria de la jurisprudencia uruguaya sobre el punto.

### La doctrina sobre el interés superior del menor

Si los textos convencionales y legales se hubieran limitado a consagrar los derechos de que gozan los niños y adolescentes ninguna novedad se hubiera producido, salvo el llamado de atención de que estas personas gozan de los mismos derechos que los adultos y, para que la comunidad internacional no se olvide, estaría justificado especificar cada uno de los derechos que pueden gozar: a la vida, a la integridad, a la educación, a ser escuchado, a la libertad de expresión, etc. El asegurado, el trabajador, las mujeres, los ancianos y todos aquellos individuos ubicados en una situación de debilidad han ido

[106] Durán Ayago, Antonia. *La protección (…)* op. cit. p. 213.

obteniendo una legislación más específica que intenta obstaculizar cualquier conato de segregación y marginación.[107] Pero la nueva legislación introduce un "elemento" –el interés superior del menor- que distorsiona y complica la labor del intérprete y del aplicador del derecho. ¿Es que deben analizarse los derechos y el interés en forma conjunta? Varios autores[108] han aconsejado alejarse de ese camino y transitar por otra vía que parta de la distinción entre derecho e interés, entre la directiva y el dato que emerge de la realidad específica.

i) ***El derecho o interés abstracto***. Es así que, por un lado, podemos contemplar al derecho general y abstracto del menor, que se presta a un enfoque global; ámbito propio del legislador. Corresponde en esta etapa establecer cuál es el sentido o contenido de este derecho y cuáles son sus objetivos. Oficia, por tanto, como un elemento indispensable para la interpretación del interés del menor. [109] Desde esta óptica el derecho abstracto tomaría las características de una noción marco. El art. 9 del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay señala que hay "derechos esenciales": "todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social."

ii) ***El interés concreto***. Y por el otro, el interés concreto, el cual se encuentra centrado en los hechos, en la realidad; que obedece a una lógica fáctica y se compone de elementos circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización ya que sistematizarlo significaría desatender las particularidades del caso.[110] Este interés concreto hace referencia a elementos de hecho, que responden a una lógica muy diferente a la anterior. Es el campo idóneo del magistrado, quien deberá evaluar su plasmación real. Por ese motivo no estamos de acuerdo con la calificación que realiza Herrera en cuanto a definir el interés superior del menor como un "estándar jurídico"[111], en el sentido de "medida media de conducta social correcta", porque el interés superior del menor está muy distanciado de la concepción de un "buen padre

---

[107] Mayer, Pierre. *La protection de la partie faible en droit international privé.*

[108] En Francia : Chabert, Cyril. *L'intérêt de l'enfant (...)* op. cit. p. 55. Posición compartida en Italia por Dosi. "Entre el área de los derechos y el área de los intereses hay diferencias, de otro modo esta terminología no tendría sentido. El ejercicio de la función jurisdiccional en materia de menores y familiar, comporta no sólo el reconocimiento de la existencia de un determinado derecho (por ejemplo, el derecho del hijo a ser mantenido, educado o instruido, o el derecho del padre a ejercitar la patria potestad sobre el hijo), sino también la indicación de cómo tutelarlo concretamente teniendo en cuenta un criterio que la ley no puede definir de una vez para siempre sino que lo deja a la apreciación del juez (…), el derecho subjetivo constituye el *prius* del interés y no se identifica con este último (…), la función de esta categoría (interés del menor) no es la de sustituir el derecho subjetivo sino la de indicar la dirección en la cual tutelar y garantizar los derechos subjetivos." Y concluye que "hay necesidad de una redefinición entre el derecho (entendido como interés primario de la persona garantizado y protegido por el orden jurídico) y el interés del menor (entendido como indicación en el caso concreto de los criterios de base que satisfacen determinado derecho) y dejan, al mismo tiempo, entrever una recuperación de los confines de plausibilidad y de coherencia jurídica de cada una de estas dos categorías." Dosi, Gianfranco. *Dall'interesse ai diritti del menore: alcune riflessioni.* Il Diritto di Famiglia e delle Personne. 4. 1995. p. 1605.

[109] Durán Ayago, Antonia. *El interés del menor (…)* op. cit. "No hay que olvidar que el interés del menor sólo es alegable y concretable dentro de un determinado contexto normativo. O, lo que es lo mismo, el interés del menor sólo podrá hacerse valer respetando la legalidad vigente." p.307. Más adelante "La Convención sobre los Derechos del Niño no posee efecto directo, lo que implica que sea la legislación particular de cada país la que concrete y determine qué debe entenderse por ese interés del menor. En realidad, más que concreción esta operación de transposición consiste en integrar este principio en los distintos ordenamientos jurídicos de acuerdo al bagaje jurídico, cultural y social en cada país, pero sin alcanzar una concreción plena, ya que ésta sólo podrá lograrse en un momento preciso, ante una determinada realidad y unas circunstancias concretas." p. 317.

[110] En la jurisprudencia uruguaya aparece claramente esta peculiaridad como veremos más adelante en el numeral IX) *Autorización para viajar* y *radicarse en el extranjero*, donde frente a la misma requisitoria la respuesta del juez ha sido la opuesta en cada caso.

[111] Herrera, Félix Guillermo. *Interés superior (…)* op. cit.

de familia", que es lo que rememora un calificativo de esta naturaleza. En el caso del interés superior del menor examinado desde el lado concreto, la situación que se intenta resolver se nutre de la vida misma del niño y del adolescente y está muy alejado del cotejo con parámetros supuestamente uniformes o estándares.[112]

Por tanto, pensamos que la noción marco (derecho abstracto) no puede ser suficiente; actuando por sí sola esa noción crearía una rigidez que impediría evaluar correcta y concretamente los problemas personales y asistenciales del niño y del adolescente. El estado específico del menor exige ser evaluado caso a caso, en cuanto el interés concreto se apoya sobre los elementos fácticos del caso particular. Pero, aún cuando se trate de dos planos diferentes siempre habrá que partir de los derechos para luego examinar los intereses. Es que los derechos ven el objetivo sin mostrar el recorrido, ya que atiende a la consagración legislativa del derecho de los menores. El interés exige una estimación específica de la situación, el magistrado la evalúa intentando encontrar una solución que ayude a la búsqueda de su estado más expansivo, para lo cual acude tanto a criterios de flexibilidad como a la utilización de normas de aplicación inmediata.

El primero en introducir el examen dual del interés del menor fue Marc Donnier, durante el año 1959.[113] Seguido con fuerza por Chabert en el año 2002, quien señala que en el enunciado del "interés del menor" hay una trampa puesto que su examen no reside en una visión unitaria sino en una noción plural o, por lo

---

[112] Durán Ayago se formula la pregunta sobre si existe un concepto universal del interés del menor o más bien si existen tantos conceptos de interés del menor como ordenamientos jurídicos y, aún más, si a pesar de existir un concepto universal de este interés, su grado de intermediación puede concretarse a través de los valores propios del ordenamiento jurídico del foro. Razona que "la diversidad de implicaciones de la polémica en torno a la primacía de la universalidad o del relativismo cultural en la aplicación de los derechos humanos puede traducirse respecto de la *Convención sobre Derechos del Niño* en los siguientes términos: la universalidad de la Convención supone un conjunto de normas inspiradas en una concepción global e ideal de la infancia, mientras que por otra, el relativismo cultural cuestiona la aplicabilidad de normas universales aduciendo la existencia de una diversidad de infancias, realidades cuyos marcos normativos sólo pueden abordarse a partir de sus particularidades espaciales, temporales y socioculturales (…), el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado cuyo núcleo indisponible lo constituyen los derechos fundamentales regulados en la Convención y que la zona de inconcreción que posee, podrá llenarse con los elementos culturales propios de cada país (…), lo que legitime algunas soluciones y prácticas en unas culturas puede llegar a ser considerado perjudicial para los menores en otras" y concluye afirmando que "más allá del acervo jurídico que revista el principio del interés del menor en un determinado Estado, en una determinada civilización, ha de hacerse valer sobretodo y, por encima de todo, la persona del niño". Durán Ayago, Antonia. *El interés (…)* Op. cit. p. 297 y ss. Grosman percibe que "este principio es de contenido indeterminado, sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momentos históricos, de modo tal que lo que hoy se estima que beneficia al niño o joven, mañana puede pensarse que lo perjudica. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal 'interés' en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso". Grosman, Cecilia. *Significado (…)* p. 1094. Ratificamos la opinión que sostiene que la noción marco no puede quedar relegada a la esfera práctica pues de hacerlo crearía una rigidez que impediría evaluar correcta y concretamente los problemas personales y asistenciales. El estado específico del menor exige ser evaluado caso a caso. El derecho abstracto se ubica sobre el plano de los derechos legalmente consagrados, el interés concreto se apoya sobre los elementos fácticos del caso particular. Aún cuando se trate de dos planos diferentes siempre habrá que partir de los derechos para luego examinar los intereses y la evaluación que se haga de ellos. Los derechos ven el objetivo sin mostrar el recorrido. El interés exige una estimación específica de la situación tomando como base las doctrinas angloamericanas de la búsqueda de la justicia en el caso concreto. El primero atiende a la consagración legislativa de los derechos de los menores, el segundo evalúa la situación intentando encontrar una solución que ayude a la búsqueda de su estado más expansivo.

[113] Donnier, Marc. *L'ntérêt de l'enfant.* Recueil Dalloz. Chronique. 1959. XXVI. P. 179-182. "Una definición abstracta del interés del menor facilitaría enormemente, sin duda, la tarea del juez, puesto que sería suficiente relacionarla a algunas categorías simples y precisas para encontrar la solución que él busca. ¿Pero es aceptable esta actitud respecto de la relatividad que, como hemos dicho, 'baña' toda esta materia? (…) Es extremadamente peligroso plantear aquí reglas abstractas y *a priori.* Una interpretación *in concreto* aparece pues, infinitamente preferible a pesar de todo lo que ella pueda tener de imprecisa y variable. Un ejemplo significativo lo suministra la jurisprudencia relativa al derecho de visita (…) ¿el interés del menor consiste en el mantenimiento de los vínculos de afecto -por otra parte perfectamente legítimos- o, en cambio, en una ruptura total? No hay puntualmente una respuesta de principio" si bien debe haber un predominio del interés moral sobre el material en la búsqueda de su estabilidad.

menos, dual. Además, puede existir el derecho y no existir un interés concreto, puesto que el derecho es de todos los niños y adolescentes, pero el interés sólo se manifiesta en determinadas y particulares circunstancias y respecto de sujetos concretos.[114] No obstante lo cual, el interés debe siempre apoyarse sobre una estructura normativa que lo ubique dentro de un derecho abstracto y general.

Ambos –derecho e interés- contribuyen a la protección del menor, aun cuando su objeto y función sean sustantivamente diferentes. No se trata de subsumir la situación del niño o del adolescente en parámetros generales sino, precisamente, realizar la operación inversa para obtener la mayor satisfacción del interés superior del menor: bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular. De este modo, desaparece toda posibilidad de que se produzca una mezcolanza que, en definitiva, inutilice la operatividad del concepto, los dos aspectos antes que ignorarse mutuamente, se combinan.[115] Como lo novedoso es la introducción de este concepto "interés superior del menor" y no la consagración de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes -en tanto ya estaban comprendidos de una forma general, dentro de los viejos textos sobre Derechos Humanos- corresponde realizar un análisis acerca de cuál es la técnica utilizada para evaluar el interés concreto del menor. Así lo han emprendido algunas legislaciones en América Latina –como Argentina, Costa Rica, República Dominicana y Venezuela- las cuales han proporcionado algunas guías oficiales de evaluación.

### Elementos de esta técnica de evaluación

Si observamos detenidamente estas legislaciones podemos constatar que se reconoce en el interés superior del menor una composición de elementos de orden extrínseco e intrínseco.

i) ***Elementos de orden extrínseco.*** Los extrínsecos pueden ser de orden: *financiero* (analizando su situación económica), *domiciliario* (el examen de su centro de vida); *sanitario* (como la necesidad de un régimen alimentario particular, condiciones de vida, tratamientos médicos específicos); *afectivo* (las relaciones con el entorno familiar y otras personas es muy importante en el examen del interés del menor); *psicológico* (que obliga a interesarse sobre los posibles traumas ante la implementación de determinadas medidas); *educativo* (que intenta proyectarse hacia el futuro buscando que la educación de hoy favorezca la potencialidad de la que el menor pueda estar dotado); etc.

---

[114] "La dificultad está en decir exactamente lo que es el interés del menor, expresar cómo es posible buscarlo y definirlo. Y es difícil definirlo porque se trata de una materia en estrecho contacto con la vida. Ahora bien, la vida –hecha de matices y de relatividad- no se adapta bien a un marco preestablecido. Ese interés habrá de manifestarse bajo las más diversas formas. Tanto intervendrá como principio de interpretación del derecho positivo, como podrá convertirse en la causa de ciertos derechos conferidos al menor o en fin, como interés del menor, en cuanto principio de solución de un conflicto de derechos (...), para desprenderlo debemos conocer las necesidades materiales y psicológicas del menor en cada estadio de su desarrollo. Las necesidades únicamente materiales no son difíciles de determinar: nutrición suficiente, alojamiento apropiado, un espacio donde jugar, vestimentas convenientes, una frecuentación escolar regular (...), sobre el plano psicológico resulta más difícil descubrir las necesidades del menor, pues ellas oscilan entre dos polos que pueden parecer contradictorios: la necesidad de seguridad y la necesidad de autonomía". Degoumois, V. *Quelques réflexions sur le droit des mineurs.* Mélanges offerts à la Societé Suisse des Juristes. Génève. Suisse. 1976. Pena Rosatti sostiene que "en el derecho de familia nos encontramos en un sector del derecho muy rico en casuística donde no existe un caso igual al otro. Sólo puede legislarse en forma muy general y dotando a las disposiciones de una flexibilidad necesaria para evitar injusticias en el caso particular, confiando a su vez, en el buen criterio de los jueces". Op. cit.

[115] Para Rubellin-Devichi "el interés del menor debería ser tomado como criterio únicamente cuando haya regla aplicable. El interés del menor debe emerger del sistema jurídico cuando exista una regla de derecho." Op. cit. Pérez Manrique considera que "el principio no necesita definición conceptual sino que los límites resultan del ordenamiento jurídico". Pérez Manrique, Ricardo. *El interés (…)* P. 88.

ii) ***Elementos de orden intrínseco***. En cuanto a los intrínsecos sólo pueden emanar de una evaluación al niño en sí mismo pero además, de la percepción que el propio menor tenga de su interés. Para llevar a cabo este análisis el niño o adolescente debe ser oído, tomándose en consideración sus apreciaciones en función de su edad y grado de madurez. Todo niño o adolescente tiene derecho a expresar su opinión o punto de vista en los asuntos que le afecten.[116]

Se ha criticado durante mucho tiempo el hecho de que el Derecho de los menores en definitiva, es un Derecho creado y aplicado por los adultos, y que el interés superior del menor lo concretan los adultos. Se intenta amortiguar esta situación -en cierto modo inevitable- exigiéndose que el menor sea oído en la apreciación de los propios problemas.[117]

Para evaluar todos estos aspectos del interés superior del menor Chabert[118] aconseja recurrir a la técnica norteamericana que lleva a realizar una contabilidad y un pesaje de los elementos internos y externos del interés del menor, a la manera indicada por el Profesor David Cavers en Norteamérica, en los años 30,

---

[116] Durán Ayago, Antonia. *El interés del menor…* op. cit. p. 317. "Más allá del acervo jurídico que revista el principio del interés del menor en un determinado Estado, en una determinada civilización, ha de hacerse valer, sobretodo y por encima de todo, la persona del niño." Algunos autores han considerado que el art. 8.1 del *Código de la Niñez y Adolescencia* de Uruguay "hace referencia al ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, refiriéndose a la idea de autonomía progresiva: "tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades". En el inc. 1, se establece la necesidad de curador para que represente y asista al niño o adolescente en sus pretensiones. Este requerimiento va en sentido inverso al que se sigue en el art. 9 donde se enumeran algunos derechos, entre ellos el derecho a participar, vulnerando el art. 12 de la Convención, en la medida que sustituye la voluntad del niño o adolescente concibiéndolo como incapaz. Además es contradictorio con el inc. 1 en la medida que se establece la autonomía progresiva, pero en el inc. 2 se legisla con carácter general sin distinción de edades (…) proponemos el nombramiento de un defensor que lo asista y no le sustituya la voluntad". Pedernera, Luis; Salsamendi, Javier y Silva Balerio, Diego. *Aproximación Crítica al Código de la Niñez y la Adolescencia de la R.O.U.* AA. VV. Carlos E. Uriarte Coordinador. Montevideo. 2004. p. 18.

[117] Gebler señala que en el derecho romano la palabra infante significaba aquel que no habla (in: no; fari: hablar) y considera que "ha habido un traslado de aquel significado primario que se aplicaba a un ser *físicamente* incapaz de expresarse y hoy por extensión se aplica a un ser declarado *jurídicamente* incapaz de expresarse" Se pregunta cómo aproximarlo o integrarlo, respetando su persona y sus aspiraciones, a la comunidad de otros sujetos de derecho de la que forma parte. Y responde que "a la lógica de la dependencia se le debe oponer una perspectiva de autonomía. Desde un punto de vista ético "darle la palabra al niño es hacer advenir la humanidad en el hombre, es considerar que los hombres existen antes de los 18 años. Más aún, es reconocerle una existencia propia –así como darle un nombre a algo implica separarlo de sus semejantes y hacerlo un ser singular- con necesidades que se sitúan a nivel del haber y del ser (…) el niño es actor de su propio destino, tiende a devenir igual al adulto, en un debate judicial que le permita a cada interlocutor exponer lo que estima que es 'su derecho' (…), se le permite conquistar el espacio de libertad al que tiene derecho a pesar de su edad y teniendo en cuenta su edad." Reconoce que "varios medios son concebibles para que los sentimientos reales del menor sean conocidos por el magistrado. Pero no es fácil encontrar los mecanismos para la emergencia de la palabra, una palabra no desfigurada (…) por otra parte, su palabra no siempre es verbalizada. Los psicólogos y los psiquiatras saben reparar en lo no dicho, detectar y descifrar las manifestaciones caracterológicas o psicosomáticas que reemplazan la palabra de los niños que sufren en silencio." Gebler, Marie-Josèphe. *Regards étiques sur les droits de l'enfant: la parole de l'enfant en Justice.* Recueil Dalloz. 1989. 19 Cahier. Chronique. XVI. p. 118 y ss. Los textos legales admiten grados en la obligación de respetar lo que el menor exprese y acogen diferentes modalidades de esa manifestación. Según Pena Rosatti "los Actuarios informan que en el marco del régimen de audiencias instaurado por el *Código General del Proceso* los menores no son tenidos en cuenta al momento de escuchar a las partes, salvo en algún caso que merezca duda al magistrado. Éste prefiere basarse en los informes técnicos de los auxiliares: psicólogos, asistentes sociales, etc. El principal argumento contra la intervención del menor es evitarles traumas para el futuro. Por ejemplo, audiencia con presencia del magistrado, de los demás funcionarios judiciales, de la madre con su abogado, del padre con el suyo, etc." Pena Rosatti, Mariella. *Intereses del menor (...)* op. cit. El Código de Uruguay señala, en el art. 35.c) -como facultades del Juez de Familia en la tenencia de los menores de edad- que "bajo su más seria responsabilidad funcional, el juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del menor". Similar solución merece el ejercicio del derecho de visitas. El art. 39.2 establece que "se garantizará el derecho del niño o adolescente a ser oído, teniendo en cuenta su opinión, la cual se recabará en un ámbito adecuado".

[118] Chabert, Cyril. *L'intérêt…* op. cit. p. 61.

que consideramos apropiada para el tema, aun cuando le hemos agregado algunos etapas desde nuestra visión del problema.[119]

***- tarea de conteo***: en una primera etapa habrá que reunir todos aquellos elementos más significativos según el caso en cuestión;

***- tarea de adecuación, modulación o afinamiento***: luego, habrá que modular estos elementos de acuerdo con la edad del menor por cuanto a cada etapa de la infancia le corresponde la aparición de una particular faceta de su personalidad;

***- tarea de pesaje***: el juez examinará cada aspecto y le adjudicará un determinado valor para llegar a una conclusión sobre si el interés del menor está presente o no;

***- tarea de equilibro, balance o contrapeso entre los intereses de varias personas***: en determinadas ocasiones la tarea judicial puede quedar incompleta si no se ingresa en una cuarta etapa, aquella que obliga a realizar un balance entre el interés de este menor y los intereses de sus allegados, familiares o no; derechos abstractos e intereses concretos de cada uno, para ser más precisos.

Si hay varias personas, cada una detentando un interés particular, puede ocurrir que al realizar el balance de los intereses todos conduzcan a una situación de convergencia. Tal situación no presentaría problema alguno para la decisión del magistrado y la constatación judicial de una situación convergente fortalecerá la unidad de la familia.

Por el contrario, esos intereses pueden presentarse todos contrapuestos entre sí (entre el menor y los adultos o entre los propios adultos). Ante tal situación el magistrado intentará practicar un equilibrio entre los intereses de todos los sujetos involucrados mediante una actitud compositiva, salvo que llegue a la conclusión de que el antagonismo es insalvable. De producirse esta situación habrá que examinar si hay realmente un interés del menor en el caso concreto pues, de no haberlo, los intereses de los terceros prevalecerán. Si, por el contrario, la respuesta es afirmativa, será necesario examinar si su interés es superior o no, para ello el marco de referencia será siempre el derecho del menor formulado abstractamente. Según nuestra opinión, no todo interés del menor debe ser considerado un interés superior. Como señala Chabert no hay que confundir el interés superior del menor con la necesidad de un

---

[119] Cavers, David. *A critique of the choice of law problem.* 47. Harvard Law Review. 1993. p. 173 y, también en Selected Readings. p. 101. "Sugiero que nosotros debemos estar listos a cambiar el dogma de la regla automática e inflexible por el mito de la regla libre y deliberadamente manipulada por los tribunales (…); cuando surge un caso donde la ley extranjera es ofrecida como prueba o en el cual la aplicabilidad de la ley del foro es desechada, un tribunal que elija el enfoque tradicional buscará una regla de conflicto para determinar la jurisdicción cuya ley debería gobernar el tema. La regla de conflicto indicará en qué jurisdicción puede ser encontrada la ley apropiada. Aceptando la ley designada por ser parte de esa jurisdicción, los tribunales procederán entonces con el caso, empleando esa ley como una regla de fondo. Hasta que esto no suceda, el contenido de la ley no se vuelve material (…); por esta razón parecería más beneficioso comenzar, no con la definición de una cuestión sino con la sugerencia de una nueva manera de atacar el problema ¿cuáles son los reclamos de justicia en el caso particular? ¿cuál es la política subyacente? (…) Arriesgaré este sumario, un juez debería: 1) examinar el evento o transacción; 2) comparar cuidadosamente la regla de derecho ofrecida y el resultado al cual puede llevar su aplicación en el caso bajo estudio, respecto de la regla del foro u otra jurisdicción competente, y el efecto que producirá; 3) evaluar estos resultados a la luz de esos hechos desde el punto de vista de la justicia entre los individuos litigantes o basado en las consideraciones más amplias de las políticas sociales que puedan evocar las reglas de conflicto. Proceder a vincular ese evento o transacción con una u otra ley reconociendo: a) los precedentes, examinando si son distinguibles de éstos en cuanto pueden presentar consideraciones materiales diferentes; b) evaluando los puntos de contacto, en cuanto a que el contacto adquiera significado en proporción al significado de la acción o circunstancia, admitiéndolo cuando está relacionado con la controversia y con el resultado que las leyes competentes propugnan (…). La elección de esa ley no sería el producto de una operación mecánica de una regla o principio de conflicto sino la búsqueda de la decisión justa en el caso principal."

instante, ni con los caprichos del niño o adolescente, y aún el mejor interés del menor puede no ser su interés superior. Sólo serían aquellos que entronquen con los derechos fundamentales.

***- Necesidad de una evaluación proyectando cualquier solución sobre el menor hacia el futuro.*** Rubellin-Devichi en el derecho francés, Stanzione, en el derecho italiano, Carrión, Pena, Bergstein y la jurisprudencia en el nuestro[120], han hecho particular hincapié en que el interés superior del menor no se agota con el examen de las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse a cada fórmula como estando destinada a facilitar la formación del menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad. Estas afirmaciones permiten compartir la aseveración de que "lejos de designar una prerrogativa personal, el interés concreto del menor constituye una técnica de evaluación de una situación donde se examinará cuál deba ser el estado más propicio a su expansión", lo cual permite alejarnos de cualquier paidodemagogia, primando el interés del más amenazado. Grosman aporta otra consideración importante para la evaluación del interés superior del menor: el principio del interés del menor puede variar con cada sociedad pero también en cada momento histórico.[121]

***- Los casos internacionales***: por nuestra parte si nos encontramos realizando un análisis desde el derecho internacional privado creemos conveniente agregar una última etapa. Esta actividad de análisis, de conteo y de pesaje entre las leyes de los diferentes Estados también deberá tenerse en cuenta para la búsqueda del derecho que conduzca a la solución internacionalmente más justa para el menor, en el caso concreto a juzgar.

### Otras técnicas utilizadas en la región

Dentro del área latinoamericana, antes que la utilización de esta técnica eminentemente judicial de evaluación del interés concreto del menor[122], se ha recurrido a las reglas de conflicto materialmente orientadas[123], las cuales conservan la estructura de la regla de conflicto (categoría, puntos de conexión, disposición) y, por tanto permiten la intervención del legislador, quien marca las orientaciones; pero luego de establecido el abanico de derechos estatales eventualmente aplicables, la selección última queda a cargo del juez, quien responderá al criterio de valor introducido en la regla de conflicto: el mejor derecho para el acreedor de alimentos; el criterio más favorable a la adopción internacional; el interés superior del menor para admitir o negar una restitución internacional; etc. Ésta ha sido la manera de conjugar en la región la justicia formal de la localización basada en el criterio de la proximidad, con la justicia material o sustantiva que se le debe al caso concreto.

---

[120] Rubellin-Devichi, Jacqueline. *Le principe* (...) op. cit. p. 117. "Su interés no lo sabe apreciar él mismo, no se trata tanto de su interés en el instante presente sino más de su interés futuro, su interés de hombre en un futuro indeterminado". Carrión Ramos, Ivonne. *El interés del menor(…)* op. cit. p. 157. "El concepto apunta al futuro, porque intenta predecir en base a los hechos actuales, cuál va a ser la solución más adecuada para el porvenir del niño, a fin de protegerlo y obtener su desarrollo físico, psíquico, moral y material, para la formación equilibrada de su personalidad". Pena Rosatti, Mariella. *Intereses del menor (…)* op. cit. Begstein, Nahum. *Los derechos humanos del niño.* La Justicia Uruguaya. T. CI. p. 3-6. "Además, sus derechos humanos están signados por su necesidad de protección física y moral, y sus vivencias de hoy van a marcar su vida mañana."

[121] Chabert, Cyril. *L'intérêt…* op. cit. p. 70 y 71. Grosman, Cecilia. *Significado (…)* op. cit. p. 1094.

[122] Adviértase que esta técnica de evaluación puede ser usada tanto en el derecho interno como en el derecho internacional privado, con el agregado, en este último caso, de la posibilidad de incidencia del interés superior del menor en la selección del derecho aplicable.

[123] Santos Belandro, Ruben. *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas.* Montevideo. 1999. 2ª edición.

## Las legislaciones latinoamericanas y el interés superior del menor

Es indudable el impulso que la *Convención sobre los Derechos del Niño* le ha aportado al interés superior del menor. Pero cabe señalar que la citada Convención no tiene una eficacia directa. Luego de su ratificación y, a partir de allí, nace la obligación de cada Estado Parte de ingresar los principios generales en ella consagrados en su Derecho interno. Esta Convención tiene una vigencia universal, sólo dos países en el mundo no la han ratificado y ellos son: los Estados Unidos de América y Somalia. En lo que hace referencia a América Latina, podemos decir que la casi totalidad de las legislaciones americanas han incorporado el interés superior del menor y han utilizado diversas vías para favorecer la inteligibilidad y la fuerza de dicho concepto dentro del ordenamiento jurídico interno. De la lectura de dichos textos nacionales pueden extraerse determinadas características comunes.

### i) Calificación de menor

Las legislaciones sobre minoridad en la región, se han volcado hacia una calificación del sujeto que constituye la base de su normativa. La terminología no es uniforme para referirse a él. Durante mucho tiempo se acuñó la expresión "menor", la cual ha sido resistida últimamente por los defensores de la doctrina de la protección integral, en cuanto ellos la asocian a la figura del menor infractor o que padece una situación de abandono. No obstante, no parece ser una posición compartible por cuanto esta impresión negativa que se tiene de la calificación de "menor" no se da en todos los países. Quizás en base a esos motivos las legislaciones y las Convenciones se han inclinado hacia el sustantivo "niño", tomándose la edad de 18 años como tope máximo. Posiblemente a un joven de 17 años le provoque una cierta sonrisa y hasta perplejidad ser considerado como "niño" –sobretodo en estos momentos de maduración anticipada- pero se trata de una calificación jurídica y no social o biológica. En cuatro leyes regionales se permite la ampliación de la protección hasta los 21 años de edad: Bolivia (art. 2); Brasil (art. 2); Ecuador (art. 2) y Honduras (art. 1). Este país centroamericano hace una mención expresa a "los menores adultos", categoría que comprende a los ubicados entre los 18 y 21 años (art. 1).

Y en la actualidad, dentro de la categoría "niño" se hace, una división en dos sectores: los niños y niñas, que por regla general son aquellos que no han llegado a los 12 años; y los adolescentes, los ubicados entre los 12 y los 18 años de edad. Algunas leyes consideran niños a quienes no han cumplido los 13 años (Guatemala, art. 2 y República Dominicana, Principio II). Uruguay considera niños hasta los 13 y adolescentes a los mayores de 13 y menores de 18 años. (art. 1).

Si bien por lo general el tope etario máximo se ubica a los 18 años, hay diferencias notables sobre el momento en que comienza esa protección preferente hacia los menores. En forma elegante –y como un modo de eludir una vieja discusión acerca de cuándo comienza la calidad de ser humano- algunos textos simplemente señalan los topes máximos pero no el mínimo. Tal es el caso de Uruguay (art. 1). Otros, en cambio, señalan que el comienzo de la tuición ocurre con el nacimiento: Honduras (art. 1) y República Dominicana (Principio II). Y un grupo numeroso, lo ubica a partir de la concepción. Es la situación de Bolivia (art. 2); Costa Rica (art. 2), Ecuador (art. 2); Guatemala (art. 2); y Perú (art. I).

Cabe hacer notar, por último, que en caso de duda sobre si la persona es mayor o menor de edad –posiblemente porque carezca de documentos de identificación o los haya perdido o destruido- hay una calificación *favor minoris*, que obliga a considerarlo como menor hasta que no se pruebe lo contrario. Y,

más específicamente, cuando hay dudas sobre si se encuentra en la etapa propia de la niñez o en la de la adolescencia, siempre deberá considerárselo ubicado en el nivel etario inferior.

### ii) Enlace del interés del menor con la defensa de los derechos humanos

La nueva normativa –nacional y convencional- ha establecido un nítido entronque del interés superior del menor con los derechos fundamentales del niño.[124] El Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay es bien claro; el art. 6 establece que

> *para la interpretación e integración deberá tenerse en cuenta el interés superior del niño, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia este principio no podrá invocarse para menoscabo de sus derechos*[125]

### iii) La defensa de la protección integral del niño

Las legislaciones se han volcado hacia la adopción de la doctrina de la protección integral de todo menor.[126] Durante varias décadas el estudio de la minoridad estuvo dirigido a la situación del menor infractor y del abandonado, y se dejaron de lado respecto de la minoridad, otras perspectivas de abordaje. La doctrina de la situación irregular[127] ha sido sustituida, en la actualidad, por la de la atención integral

---

[124] Grosman considera que "parece útil asociar el interés superior del menor con sus derechos fundamentales. Esto significa que resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y, perjudicial, aquellas que puedan vulnerarlos. En otras palabras, debe establecerse en cada caso, si la voluntad o acción de los padres o guardadores afecta los diversos derechos del niño o adolescente: derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo o a la preservación de su identidad. No se nos escapa que con ello no queda superada la indeterminación". Grosman, Cecilia. *Significado (…).* p. 1095.

[125] El Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, consigna en su art. 3 que "el niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana (…)". El Código de la Niñez y de la Adolescencia de Honduras comparte este criterio al señalar en el art. 2, parágrafo final, que "con tal fin, el presente Código consagra los derechos y libertades fundamentales de los niños (…). El Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, recoge en el propio título del Código la preocupación por la protección de los derechos humanos del niño, continuando luego con la precisión realizada en el art. 1: "el presente Código tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales."

[126] Knoepfler, François. *La protection de l'enfant.* Travaux de l'Association Henri Capitant. Journées Egyptiennes. T. III. 1979. "Se puede precisar que la protección del menor es muy vasta y que no se limita a las medidas denominadas protectoras". El mismo autor en *L'intérêt de l'enfant et le droit international privé.* (Stabilité et dynamisme du Droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse. Bassel. Suisse. 1975) expresa que "no tenemos duda que el interés del menor no es una noción únicamente sentimental sino que el legislador la ha tomado expresamente en cuenta. Nuestro derecho material la ha utilizado desde hace mucho tiempo, en una fórmula positiva o negativa. Por ejemplo, en la adopción, la cual se favorecerá si no resulta perjudicial para el menor; o la oposición al reconocimiento del padre, en iguales circunstancias. Muchas veces ese interés está subyacente. La tendencia es a tomar en cuenta el interés del menor no sólo cuando él juega el papel central en una determinada relación jurídica sino también cuando sus intereses puedan estar en oposición con los de otras personas. Por ejemplo, el interés del menor al momento del divorcio de sus padres. Un hecho es cierto: el interés del menor está de moda. Veremos si debe ser exclusivo y si puede atacar los intereses de otras personas". Degoumois considera que "a partir de esta nueva concepción el menor en toda etapa es siempre una persona y en cuanto ser humano no pertenece a nadie –ni a sus padres, ni a su familia ampliada, ni al Estado, ni a una comunidad jurídica cualquiera. El menor se pertenece a sí mismo, por lo que urge elaborar un Derecho de los Menores a la medida de los menores y no de los adultos". Degoumois, V. *Quelques réflexions (...)* op. cit. p.

[127] "La situación irregular es el estado de patología jurídico-social abordado por las normas jurídicas a través del diagnóstico (o definición), la terapia (o tratamiento) y la profilaxis (o prevención). El marco distintivo de la intervención o de la aplicación del derecho es la situación irregular (...) menor en situación irregular es aquél que: a) está privado de condiciones esenciales, aún eventualmente, en cuanto a su subsistencia, salud, instrucción obligatoria, por falta, acción, omisión o imposibilidad manifiesta del país o del responsable; b) es víctima de malos tratos o castigos inmoderados, impuestos por el país o el responsable; c) en peligro moral, por encontrarse habitualmente en un ambiente contrario a las buenas costumbres; d) privado de representación o asistencia legal, por la falta eventual de sus padres o del responsable; con desvío de conducta en virtud de una grave inadaptación familiar o comunitaria; d) es autor de una infracción penal". Cavalieri, Alfredo. *O direito (…)* P. 78. Abage agrega que "irregular es todo aquello que no está de acuerdo con la regla, con la norma". Abage de Paula, Vera Cecilia. *Diretrizes para uma política de bem-estar do menor: a experiência do estado do Paraná antes da regulamentaçao do Estatuto da Criança e do Adolescente.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. p. 39. García Méndez considera que "la doctrina de la situación irregular resultó prácticamente hegemónica en América Latina, por lo

del menor. Los nuevos textos reflejan este cambio que permite aflorar una nueva mentalidad frente a la grave desprotección y violación de los derechos del niño que se observa en el mundo.[128]

- En primer lugar, los niños y adolescentes no son más objeto de compasión y de represión sino que debe ser considerados sujetos de derecho, en oposición a la idea otrora predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica. Ya no se lo define por sus necesidades o carencias sino por sus atributos y derechos ante el Estado, la familia y la sociedad. El art. 4 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de México considera que

> *de conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos, dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Atendiendo a este principio, el ejercicio del derecho de los adultos no podrá, en ningún momento ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

- En segundo lugar, se termina con la confusión entre abandono y conducta irregular.

- Se defiende la importancia pedagógica de establecer un principio de responsabilidad para el adolescente y no acceder simplemente a una visión asistencial de la justicia de menores.

- La nueva normativa dispone que el ejercicio de los derechos por el propio niño debe ser progresivo, mirando la evolución de sus facultades, bajo la orientación y dirección de sus padres o representantes y, con una intervención subsidiaria del Estado. Es la razón por la cual las legislaciones han distinguido entre niño y adolescente. Atender al niño y al adolescente en forma integral es abarcar todas las dimensiones de sus vidas y desarrollos, eliminando la brecha existente entre los derechos civiles y políticos con los económicos, sociales y culturales, lo cual ha obligado a las legislaciones nacionales a llevar a cabo una reconstrucción jurídica de fuste. En cuanto a la minoridad, bajo esta nueva concepción, Cillero destaca que "estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos, para la consecución efectiva de su desarrollo".[129] Punto de vista que ha sido reafirmado por las legislaciones del área.

El art. 1 de la ley argentina comienza expresando que "esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el

---

menos hasta bien entrados los años 80, lo cual fomentó el mito de la excelencia de sus ideales (…). El hecho de desentenderse de las consecuencias reales de su aplicación (…); la miseria de los programas de resocialización, el tratamiento indiferenciado de menores supuestamente abandonados y supuestamente delincuentes, y los miles de jóvenes en instituciones penitenciarias para adultos, constituyen sólo la punta del iceberg de un inmenso proceso de mistificación (…); la indistinción entre menores abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico (…), la sobrevivencia (de esta doctrina) remite al carácter hegemónico de una cultura que no ha querido, no ha podido o no sabido pensar la protección de sus componentes más vulnerables fuera de los marcos de declaración previa de algún tipo de institucionalización estigmatizante." García Méndez, Emilio. *La Convención internacional de los derechos de la infancia: del menor como objeto de compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos.* Nuevo Derecho Penal. No. 57. Julio 1992. p. 423y 427.

[128] "Actualmente se va afirmando la idea de una intervención (del Estado) más amplia que proteja los derechos del menor ligados al desarrollo de su persona. Es decir, no sólo en las llamadas situaciones patológicas sino en las normas en que los padres satisfacen los intereses primordiales del menor, como la salud, moral o educación, en los supuestos en que la acción de los padres no respeta una esfera de libertad que le es propia al niño o adolescente, como el cuidado de su propio cuerpo, la elección de un estudio, trabajo, religión, privacidad o relaciones personales". Grosman, Cecilia. *Significado (…)* op. cit. p. 1095.

[129] Agrega además que "esta interdependencia exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, bajo la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos." Cillero Bruñol, Miguel. *Infancia, (…)* p. 34.

ordenamiento jurídico nacional y en los Tratados internacionales en los que la Nación sea Parte". Este énfasis en la protección integral de cualquier niño -de todos sin excepción, de aquellos que son infractores y de quienes no lo son- es señalado expresamente también por Bolivia (art.1); Brasil (art. 3); Costa Rica (art. 1); Guatemala (art. 1); Honduras (art. 2); México (art. 4); Paraguay (art.3); República Dominicana (art. 1) y Venezuela (arts. 1 y 8). Incluso Honduras aporta una definición de la protección integral en el art. 2: "por protección integral se entenderá el conjunto de medidas encaminadas a proteger a los niños individualmente considerados y los derechos resultantes de las relaciones que mantengan entre sí y con los adultos". En cuanto a Uruguay, la aprobación del *Código de la Niñez y Adolescencia* ha merecido severas críticas en cuanto no ha recogido totalmente las formulaciones de los Tratados internacionales y las resoluciones de la O.N.U., especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, que debieron haber operado como marcos mínimos para la redacción de los nuevos textos legales.[130]

iv) Definición del interés superior del menor

Algunas legislaciones intentan definir el significado del interés superior del menor. Para Argentina no sería otra cosa que "la máxima satisfacción, integral *y simultánea* de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" (art. 1, el énfasis es nuestro). Para Costa Rica el interés superior del menor "le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal" (art. 5). Guatemala considera (art. 5) que

> *es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, Tratados y Convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta ley*

Como hemos señalado más arriba, para Uruguay el interés superior del niño y del adolescente "consiste en el reconocimiento y respeto y de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este interés no podrá invocarse para menoscabo de sus derechos" (art. 6).[131] Señala, además, que "sólo puede ser separado de su familia cuando, en su interés superior y en el curso de un

---

[130] Ver *Aproximación crítica (…)* op. cit. el artículo de Pedernera, Luis; Salsamendi, Javier y Silva Balerio, Diego. *Principios fundamentales, políticas sociales e institucionalidad en el Código de la Niñez y Adolescencia.* p. 11 y ss. En numerosas disposiciones se aprecia que "el nuevo Código no se despojó totalmente de la lógica de intervención de las leyes de situación irregular. Sobrevuelan, aún dentro de las garantías que fija, la perspectiva de ver al niño desde su carencia, su peligrosidad latente y la casi exclusiva responsabilidad de las familias". En el art. 2 referido a los derechos, deberes y garantías de los niños, niñas y adolescentes "leído en consonancia con el art. 17 del Capítulo V, referido a los Deberes de los Niños, mantiene incólume un modelo que sigue considerando los derechos como una concesión que opera funcionalmente al mundo adulto, sostenido por una versión acotada e individualista de los derechos fundamentales. La idea que pervive es la del derecho como algo que se agota en el individuo y no se enriquece ni se potencia con la vida en relación, con la esencia misma de las relaciones de personas pertenecientes a un grupo, una comunidad o una nación (…); las escasas menciones a políticas universales que garanticen los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, nos llevan a inferir que se mantiene como preocupación central a los *niños-problemas para la población,* por lo que queda por el camino un Código que recoja derechos y preocupaciones de y para todos los niños uruguayos".

[131] Se critica lo escueto de la redacción dada al interés superior del niño y del adolescente: "es un criterio de orientación doctrinaria pero no emerge con la fuerza que necesita para que no haga las veces de lo que en las leyes de menores fue 'el juez buen padre de familia'. Por eso debe operar necesariamente acotando los márgenes de discrecionalidad adulta al momento de leer el derecho en caso de conflicto." La redacción tan acotada merecía una actitud contraria, o sea profundizar y explicitar los derechos humanos de los niños y adolescentes en el terreno teórico y pragmático. Por último descarga en la familia la mayor parte de las responsabilidades contraviniendo el espíritu de la Convención que prioriza la actuación del Estado (…). En la doctrina internacional de los derechos humanos es indiscutible que el primer obligado y garante de los mismos es el Estado (…), colocar a la familia como primer responsable implica cambiar el orden de la Convención que habla de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad." *Aproximación crítica (…)* op. cit. p. 16.

debido proceso, las autoridades determinen otra relación personal sustituta." (art. 12). Como principio general estampa la obligación del Estado de realizar "el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo." En los programas de atención integral, cuidados y alojamiento se oirá preceptivamente al niño, asistido por su defensor. El juez resolverá atendiendo la opinión del niño o adolescente. Deberá tenerse en cuenta ésta y el interés superior" (art.124). Respecto del trabajo de los menores de edad, el Código uruguayo fija la edad mínima en 15 años de edad, pero establece que puede haber excepciones "teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente", previa aceptación del Instituto Nacional del Menor (art. 162).

República Dominicana aclara que el principio "busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales" (Principio V). Por último, Venezuela (art. 8) sigue muy de cerca el texto uruguayo.

### v) Mecanismos para constatar el interés superior del menor en el Derecho positivo regional

Es interesante, y cabe hacerlo notar, que algunas legislaciones han optado por evitar una definición que pudiera quedar demasiado rígida y esclerosada y, para ello, han establecido los mecanismos o vías para poder acceder al respeto de ese principio y para obtener su consagración efectiva en los casos concretos que se puedan presentar.

Argentina considera que hay que respetar

> *a) su condición de sujeto de derecho;*
> *b) el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, que su opinión sea tenida en cuenta;*
> *c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*
> *d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*
> *e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*
> *f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

Costa Rica establece un mecanismo similar en el art. 5. República Dominicana aporta otras orientaciones en el Principio V:

> *Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, en una situación concreta, se debe apreciar:*
> a) *la opinión del niño, niña y adolescente;*
> b) *la necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común;*
> c) *la condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo;*
> d) *la indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño;*
> e) *la necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas.*

Venezuela sigue una redacción casi textual de la ley costarricense, salvo el agregado de un Parágrafo Segundo donde considera los conflictos de intereses:

> *En aplicación del interés superior del niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.*

Es de lamentar el caso de Uruguay, que se ha limitado a identificar el interés superior del menor, pero no estableció los mecanismos para operar el tránsito del derecho abstracto y general a los requerimientos del caso concreto. Esto, en realidad, constituye una carencia.

### vi) Jerarquía de las normas sobre minoridad y reglas sobre interpretación e integración

Si bien varios países han establecido a texto expreso que la legislación sobre menores debe tener una aplicación prioritaria, Honduras es el único que se ha preocupado por establecer las fuentes del Derecho aplicable a los niños y, en particular, la jerarquía normativa. El art. 4 de su Código pauta la siguiente prelación: la Constitución; los Tratados y los Convenios relacionados con los menores y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño; el Código de la Niñez y de la Adolescencia; el Código de Familia; las demás leyes generales o especiales; los reglamentos; la jurisprudencia de la Suprema Corte y los principios generales de derecho. Jerarquía establecida no sin cierta ambigüedad o contradicción, porque luego en el art. 5 consagra el denominado "monismo internacional" al establecer en el inciso final que las disposiciones del Código "se interpretarán y aplicarán, además, teniendo en cuenta que los Tratados y Convenciones sobre los niños, aprobados y ratificados por Honduras, prevalecen sobre el Derecho interno".

Costa Rica, sin embargo, rompe con la jerarquía normativa tradicional en la región, al establecer en la parte final del art. 1 que "las normas *de cualquier rango* que les brinden mayor protección o beneficios prevalecerán sobre las disposiciones de este Código" (énfasis agregado).

En cuanto a Uruguay, el *Código de la Niñez y la Adolescencia* expresa en el art. 4 que

> *para la interpretación de este Código se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país. En caso de duda, se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia*

y, para el "caso de vacío legal o insuficiencia, se deberá recurrir a los criterios generales de integración, especialmente a las normas propias de cada materia" (art.5). Venezuela, considera que "el interés superior del menor es un principio de interpretación y aplicación de esta ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a niños y adolescentes" (art. 8). Bolivia sigue el mismo derrotero en el art. 6. Colombia impone como criterio interpretativo el *favor minoris:* "la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor" (art. 22).

## Convenciones internacionales regionales

Imbuidos de la doctrina clásica sobre los conflictos de leyes, los viejos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, no reflejan preocupaciones de orden material o sustantivo, ciñéndose exclusivamente en realizar una labor de distribución legislativa y jurisdiccional. Será necesario llegar hasta la mitad de la década de los años 70 -con el advenimiento de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P.)- para que se produzca una intensa renovación metodológica en el campo de la codificación regional, donde ya no sólo se acepte el pluralismo metodológico sino que, además, la propia regla de conflicto abandone su posición hierática que la colocaba en un pedestal y que la alejaba de los problemas concretos y específicos de la gente, para admitir matices, combinaciones, valoraciones y recursos teleológicos, que algunos años antes hubiera

parecido un ataque injustificado a la ortodoxia reinante. Hay un grupo de Convenciones –bastante reducido si se tiene en cuenta el desarrollo importante de Convenciones "procesales" y "comerciales"- que se encuentran vinculadas con el derecho de familia y algunas de ellas, específicamente al tema de la minoridad en situación de riesgo. Ellas son: la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores*, aprobada en la ciudad de La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984; la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias*, aprobada en la ciudad de Montevideo (Uruguay), el 15 de julio de 1989; la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, aprobada en el mismo lugar y fecha que la anterior; y la *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores*, aprobada en la ciudad de México (México), el 18 de marzo de 1994.

## Ámbitos donde se ha producido una renovación en la región

1) En las reglas sobre conflicto de competencias. Según Borrás la primera y más urgente tarea en la reconstrucción jurídica en el derecho internacional privado de los menores ha de consistir en fijar reglas de competencia judicial y de autoridades sobre el plano internacional, acercando y ampliando el acceso del menor y del adolescente a las autoridades judiciales y extrajudiciales.[132] La renovación implica, por tanto, el otorgamiento de una mayor importancia a las reglas de competencia internacional judicial y de autoridades por sobre las de conflicto de leyes, con vista a que la protección del menor sea lo más eficaz posible. Además, el juez queda descargado de aquella competencia total que se le había adjudicado con la anterior doctrina y se acepta que la administración sea también protagonista en la gestión de medidas de protección. Admitiendo esta realidad, varias Convenciones internacionales elaboradas en el ámbito interamericano aceptan ya la posibilidad de actuación de órganos administrativos de protección de niños y adolescentes. En materia de competencia internacional, el interés del menor se plasma otorgando intervención a la autoridad más próxima al menor, que de modo general es la de su residencia habitual. Aun cuando se prevén soluciones que flexibilizan el precepto, atendiendo a las exigencias del caso concreto.

Partiendo de esa idea, la *Convención de La Haya concerniente a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de niños*, de 19 de octubre de 1996, introduce cláusulas de flexibilización en la determinación de la competencia judicial internacional, como la del *forum non conveniens* y la del *forum conveniens.*[133]

El *forum non conveniens* es un poder general discrecional que posee un tribunal, para rehusar asumir la jurisdicción en un caso, sobre la base de que el foro apropiado para juzgarlo está en el extranjero o, alegando simplemente que el foro local es inadecuado. En el *forum conveniens* por su parte, el tribunal

---

[132] Borrás, Alegría. *El "interés del menor"(…)* op. cit. "El centro de gravedad se desplazó primero, del ámbito del conflicto de leyes al de conflicto de autoridades y de jurisdicciones, con sus consecuencias en el ámbito del reconocimiento y ejecución. Todavía estos aspectos están excesivamente cargados de formalismo y perdiendo importancia. Se trata de adoptar las medidas más idóneas para que el interés del menor se vea adecuadamente satisfecho, es necesario que todas las actuaciones en los diferentes Estados sean correctas y es de ahí de donde derivaría el reconocimiento de sus efectos en todos los demás Estados, la consecuencia es la exigencia de cooperación internacional de autoridades sobre la que giran los textos convencionales actuales."

[133] Durán Ayago, Antonia. *La protección (…)* op. cit. p. 220 y ss.

asume la jurisdicción argumentando que el foro local es el apropiado (o uno de los apropiados) para dirimir el juicio, o bien que el foro extranjero es inadecuado.[134]

a) ***Respecto de la competencia internacional***, el *favor minoris* es muy perceptible en la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia adopción de menores* de 1989 (C.I.D.I.P. III). Ella determina, como principio general, que "serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado" (art. 15). Ya de por sí, esta solución es favorable al niño y al adolescente. Pero luego, para ciertas situaciones específicas, adopta dos posiciones antagónicas. La primera consigna que si se trata de decidir sobre la anulación o revocación de la adopción, de acuerdo al art. 16 habrá un solo juez competente: el de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. En cambio, para convertir la adopción simple en una adopción plena se amplía notablemente el abanico de autoridades competentes -pues ello irá a favor de una mayor solidez del vínculo adoptivo- pudiendo el actor elegir entre tres autoridades: la del Estado donde el adoptado tenía su residencia habitual al momento de la adopción, la autoridad del Estado del domicilio del adoptado si tiene uno propio o, la autoridad del Estado del domicilio del adoptante o adoptantes. (art. 17). En suma, sólo se permite acceder a la autoridad de un solo Estado si es para atacar la adopción internacional, pero se amplía si es para fortalecer el vínculo.

b) ***En cuanto a la reclamación internacional de alimentos.*** La solución es semejante tratándose de una reclamación internacional de alimentos. La Convención Interamericana respectiva establece como solución general, cuatro bases de competencia internacional: el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor o del deudor, el juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos estrechos y la prórroga de jurisdicción. (art. 8). Luego, en el art. 9 expresa que para conocer acciones sobre aumento de alimentos cualquiera de las cuatro autoridades citadas anteriormente son igualmente competentes. En cambio, para conocer de una acción de cese o de reducción de alimentos, sólo pueden entender en el pedido la autoridad que hubiere conocido en su fijación.

---

[134] Reproducimos a continuación los artículos de la citada Convención: Art. 8. 1. Excepcionalmente, si la autoridad del Estado Contratante, competente según los arts. 5 o 6, considera que la autoridad de otro Estado Contratante se halla en mejor situación para apreciar en un caso particular, el interés superior del niño, podrá:

- solicitar a esta autoridad directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias;
- suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes, a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.

2. Los Estados Contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el párrafo precedente son: a) un Estado del que niño posea la nacionalidad; b) un Estado donde estén situados los bienes del niño; c) un Estado donde se esté conociendo una demanda de divorcio o de separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio; d) un Estado con el cual el niño mantenga algún vínculo estrecho.

3. Las autoridades interesadas podrán proceder a un intercambio de opiniones.

4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el párrafo 1º, podrá aceptar la competencia en lugar de la autoridad competente según los arts. 5 y 6, si considera que ello responde al interés superior del niño.

Art. 9. 1. Si las autoridades de los Estados Contratantes, mencionadas en el art. 8, párrafo 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, podrán ya sea:

- solicitar a la autoridad competente del Estado Contratante de la residencia habitual del niño que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, o
- invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado Contratante de la residencia habitual del niño.

2. Las autoridades interesadas podrá proceder a un intercambio de opiniones.

3. La autoridad de origen de la solicitud sólo podrá ejercer su competencia en lugar de la autoridad del Estado Contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.

c) ***Respecto de la restitución internacional de menores.*** Las dos Convenciones Interamericanas restantes –la de restitución y la de tráfico- son verdaderamente documentos procesales, donde el problema de la ley aplicable aparece en forma secundaria. Para reclamar la restitución internacional de un menor, los padres, el tutor o el guardador, puede acudir ante el juez del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual antes del traslado o de su retención (art. 6). Pero si existen razones de urgencia, la competencia se amplía y, con la finalidad de que el menor no quede desprotegido, el padre, tutor o guardador podrá presentarse ante el juez del Estado Parte donde se cometió el hecho ilícito que motivó la reclamación o, ante el juez del Estado Parte donde se encuentra o se presume que se encuentra el menor. El objetivo de la Convención -consistente en que el menor vuelva inmediatamente a su centro de vida- se ve así, particularmente atendido.

Hay una salvedad: que la promoción de la acción no conlleva una modificación de la competencia primaria de la autoridad del Estado de la residencia habitual del menor. Lo cual –a mi entender- quiere decir que adoptada las primeras medidas por alguno de los dos últimos jueces designados, el juez para decidir la restitución será el de la residencia habitual del niño.[135]

Pero puede plantearse una curiosa situación: la autoridad del Estado Parte requerido y ante la solicitud de la autoridad del Estado requeriente (donde tiene el menor su residencia habitual), puede negarse a restituir al niño a la residencia habitual anterior a la solicitud, y ello en base al interés superior del menor. En tal caso habrá dos jueces con dos concepciones distintas sobre el interés superior del menor que impedirá que, en definitiva, la restitución se lleve a cabo. Examinemos la situación: en el caso de un menor de 15 años de edad ilegalmente trasladado o retenido, la autoridad judicial o administrativa competente es la de la residencia habitual del niño antes de su traslado o retención. Producido el hecho que la Convención contempla, el juez donde se encuentre el menor deberá cumplir con la rogatoria de devolución. Sin embargo, la autoridad judicial o administrativa del Estado rogado tiene un margen de libertad que le permitirá evitar una entrega automática cuando comprobare que existe "un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico". En tal caso puede llegar a producirse un conflicto entre dos autoridades, ambas intentando proteger el interés superior del niño pero basadas en argumentos propios: la autoridad del Estado rogante para que el niño regrese a su residencia habitual y, la autoridad del Estado rogado para que el niño permanezca bajo su jurisdicción debido a que pudo haberse comprobado malos tratos, comportamientos inconvenientes para la salud física o psíquica del menor, abandono moral, etc. (art.11.b). La negativa de la autoridad rogada puede basarse en dichas circunstancias, pero también en la opinión manifestada por el propio menor sobre no querer regresar (hay obligación de la autoridad, de "tomar conocimiento personal del menor", de acuerdo al parágrafo 2 del art. 10 y al parágrafo final del art. 11, tiene la facultad de "rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez de menor justificare tomar en cuenta su opinión"). O puede apoyarse en la cláusula de excepción del orden público internacional que habilita a cada Estado a ampararse bajo dicha excepción, en el caso de que se constate un desconocimiento de los Tratados sobre los derechos humanos, del hombre en general, o de los niños en particular (art. 25).

---

[135] El art. 6 parágrafo final señala que "el hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo".

d) ***Respecto del tráfico internacional de menores.*** La última Convención Interamericana a examinar referida al tráfico internacional de menores, tiene soluciones sobre competencia internacional en materia civil bastante similares a la de restitución (art. 13).

Como conclusión general puede observarse cómo el número de criterios para fijar competencia internacional se abre o se cierra –como se abre o se cierra un grifo para permitir o impedir el pase del agua- de acuerdo al mayor interés del menor involucrado.

De todas las enumeradas, la *Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores* recoge sin titubeos la expresión "interés superior del menor" y lo hace nada menos que en ocho oportunidades.[136] Podría parecer una manifestación de aquella obsesión paidocéntrica sobre la que hablan los doctrinos. Sin embargo, no es así. Ocurre que el hecho de que un menor de 18 años de edad sea objeto de un tráfico internacional es la mayor injuria que éste podría recibir, el más grande desconocimiento a sus derechos fundamentales y a su dignidad como ser humano. Por tanto, la insistencia -más que obsesión- obra como un faro, cuya luminosidad debe guiar al intérprete y al aplicador del Derecho a la hora de resolver un tráfico internacional de menores de edad. El propio Preámbulo afirma que "el tráfico internacional de menores constituye una preocupación universal". Por ese motivo el art. 1 dispone que "el objeto de la presente Convención, con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo."

Buscando la mayor protección de los niños y adolescentes que sufren un tráfico internacional, los legisladores regionales han abandonado esa reluctancia a aprobar Convenciones internacionales con normas penales y el texto regional ha sido dividido en dos grandes sectores: aquél referido a los aspectos civiles que persiguen un procedimiento ágil de restitución; y el otro que atiende los aspectos penales de castigo de los delitos cometidos. En el caso de una restitución al amparo de esta Convención, la autoridad del Estado rogado no podrá oponerse a ella –como sí sucedía en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores- y además está facultado para adoptar una solución inversa: adelantar la restitución "conforme al interés superior del menor" (art. 14).

2) En las reglas sobre conflicto de leyes. La transformación también se opera en el ámbito de los conflictos de leyes, ámbito al que hemos hecho alusión en parágrafos anteriores. La regla de conflicto abandona su generalidad y se vuelve más específica; renuncia a su rigidez y amplía el número de puntos de contacto a los que puede recurrirse para seleccionar el derecho sustantivo nacional aplicable; y rechaza la neutralidad que en otro momento fue considerada el máximo valor en cuanto garantía de imparcialidad democrática para defender en sustitución, determinados valores juzgados fundamentales por el ordenamiento jurídico dentro del cual actúa. Hay un tránsito de las normas neutrales a las normas materialmente orientadas.

No hay que excluir, sin embargo -en ciertas circunstancias particularmente graves o extremas- la participación de las denominadas normas de aplicación inmediata. Recordamos en este momento, la afirmación de Chabert cuando sostiene que "la justicia en derecho internacional privado se presenta bajo

---

[136] Puede constatarse en el Preámbulo, para reafirmar la importancia de la cooperación internacional; en el objetivo de la Convención; para la pronta restitución del menor; en la confidencialidad de los procedimientos; en la restitución inmediata en los procedimientos civiles y penales; en la anulación de las adopciones; y en la revocación de la custodia o de la guarda.

la forma de una regla graduada, que se adapta a la diversidad de las situaciones jurídicas. La justicia en derecho internacional privado debe armonizar la justicia material con la justicia conflictual.[137]

Otro aspecto interesante a destacar es el hecho de que nuevamente se admite en el ámbito interamericano la correlación entre Derecho aplicable y juez competente (criterio del paralelismo o Asser), que constituyó el fundamento de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y de las normas nacionales de derecho internacional privado contenidas en el parte final del Código Civil de Uruguay. Puede ocurrir que dada la problemática analizada se requiera reunir la doble conexión primariamente establecida, para ubicarla bajo un solo orden jurídico si así lo exige.

a) ***Respecto de la adopción internacional***. En la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores se le otorga competencia a dos leyes para que, en forma distributiva, cada una regule determinados aspectos de la adopción internacional plena de un menor. Es así que en esta división de aguas, la ley de la residencia habitual del menor regirá

> *la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo. (art. 3)*

Y,

> *la ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá: a) la capacidad para ser adoptante; b) los requisitos de edad y estado civil del adoptante; c) el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y d) los demás requisitos para ser adoptante*

Además está involucrada otra ley: la que exige requisitos de publicidad y registro de la adopción.

De lo expuesto se infiere que la regulación de la adopción internacional se vuelve una operación jurídica muy compleja, que reclama una cierta flexibilidad normativa para favorecer su constitución y validez internacional. La respuesta a esta complejidad la proporciona el art. 19 al establecer que

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

Esta solución tiene la propiedad de quebrar la jerarquía normativa –o dicho de otra manera, el monismo internacional- pues habilita a realizar una modificación de la propia regulación convencional en provecho de una solución legal nacional –de cualquiera de las dos leyes o de ambas- si con ello se obtiene la validez de la adopción, que es el deseo supremo de la Convención. Es cierto que el art. 19 alude a la interpretación, pero si simplemente se tratara de realizar una interpretación resuena en nuestros oídos la sentencia legal que establece limpiamente que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu" (art. 17 del C.C.U.) Al parecer, el legislador internacional ha querido algo más, no únicamente atender la posibilidad de la presencia de textos oscuros, sino de adaptar lo dispuesto en las leyes involucradas y en la propia Convención, con la finalidad de que la adopción sea internacionalmente exitosa. Posibilidad que muchas veces no se dice en forma totalmente clara, ante la eventualidad de abrir la puerta a la arbitrariedad judicial y a un menoscabo de la labor legislativa. De todos modos, debe concluirse que con este artículo 19 se consagra la primacía de los intereses de los menores ubicados en situación de abandono –de enorme riesgo, en definitiva- con la

[137] Chabert, Cyril. *L'intérêt (…).* Op. cit. p. 151.

finalidad de otorgarle a la adopción internacional la máxima posibilidad de su concreción y de su eficacia internacional.[138]

b) ***Respecto de las reclamaciones de alimentos***. En la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias*, el menor de 18 años de edad comparte con el o la cónyuge o quien haya sido tal, la posibilidad de reclamar alimentos en el ámbito regional. Refiriéndonos exclusivamente al primero, el art. 6 considera que

> *las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquél de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor: a) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor, y b) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor*

Indudablemente este artículo reconoce el interés superior del acreedor menor de edad, si se tiene en cuenta que la obligación de proporcionar alimentos, en su sentido más estricto, intenta proteger el derecho fundamental más importante de todos -sin el cual el resto de los derechos no existe- que es el derecho a la vida. Como se ve, emerge en este caso, con mayor nitidez, la búsqueda de aquella ley más favorable en su contenido a la reclamación alimentaria del menor, consagrando una regla de conflicto materialmente orientada. Estas reglas, si bien no abandonan la estructura conflictual –con lo cual continúan realizando una distribución aunque sólo fuere *prima facie*- persiguen un valor sustantivo específico que debe ser el que guíe en última instancia, la selección de la ley aplicable: aquella que sea más favorable al interés del acreedor menor de edad.[139]

Dada la precocidad que manifiesta nuestra juventud en la práctica de las relaciones sexuales y el consiguiente embarazo prematuro, no sería nada extraño que las autoridades judiciales o administrativas puedan presenciar un conflicto de intereses superiores entre el padre y/o madre menor de edad y el hijo de ambos.

3) En la cooperación entre autoridades. La creación y luego la intervención de las Autoridades Centrales en toda el continente americano, ha sido tan valiosa que no hay calificativos suficientes para elogiar el avance obtenido en la protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes gracias a la intervención de estas autoridades nacionales administrativas, duchas a la hora de comunicarse y entablar relaciones de cooperación.[140] Dos Convenciones reconocen la actuación de las Autoridades Centrales para su mejor funcionamiento en el ámbito cooperativo: la de restitución (art. 7) y la de tráfico (art.5). En el primer caso,

> *la Autoridad Central colaborará con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados, para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo todos los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención*

---

[138] Debe tenerse en consideración, igualmente, que el monismo internacional –sobre el cual muchas veces se insiste que tiene un valor general y absoluto- sufre un fuerte menoscabo en este campo, en tanto las legislaciones latinoamericanas sobre niñas, niños y adolescentes señalan claramente que sus normas son de orden público e irrenunciables. La ley de Bolivia es clara al respecto "las disposiciones del presente Código son de orden público y de aplicación preferente" (art. 3). Comparten este criterio: Colombia (art. 18); Ecuador (art.3); Honduras (art. 1) y México (art. 1). Costa Rica coadyuva la relatividad del monismo internacional al establecer que "las normas de cualquier rango que les brinden mayor protección o beneficios, prevalecerán sobre las disposiciones de este Código" (art. 1).

[139] Santos Belandro, Ruben. *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias. Reglas de conflicto materialmente orientadas.* Montevideo. 2ª. Edición.

[140] Álvarez Cozzi, Carlos. *La Autoridad Central. Nueva vía de cooperación jurídica.* Montevideo.

Además,

> *cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de la Convención.*

Se abre la posibilidad de que la Convención sobre tráfico de menores pueda funcionar como un Tratado de extradición, cuando entre los Estados Parte no exista uno ("podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria"). De esta forma se favorece el castigo de aquellos delincuentes que participan en estos actos y desalienta la posibilidad de su consumación (art. 10).

4) En el reconocimiento y ejecución de las decisiones. En muchos casos se trata de actos de jurisdicción voluntaria por lo cual el reconocimiento de las decisiones estaría eximido de someterlas al procedimiento de exequátur, aunque no siempre sea así.

a) En materia de adopción, el art. 5 de la Convención es terminante:

> *las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán efectos de pleno derecho en los Estados Parte, sin que pueda invocarse la excepción de institución desconocida*

La Convención Interamericana sobre reclamación de alimentos aporta dos detalles importantes: el de la eficacia extraterritorial en los Estados Partes de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias y, el diseño de un juicio de exequátur sumario (art.13). Además de prohibir en el artículo 14, a texto expreso la obligación de otorgar una fianza de arraigo por parte del acreedor de alimentos extranjero y, de reconocer la eficacia extraterritorial de la auxiliatoria de pobreza.

En cuanto a la Convención sobre restitución (art. 9.4) y la de tráfico internacional de menores, tanto una como otra consignan que si el trámite se realiza por intermedio de la Autoridad Central, los documentos públicos estarán libres de legalización. Igual exoneración regirá si se utiliza la vía diplomática o consular. Se establece, igualmente, que en los trámites de restitución y de tráfico, hay un impulso de oficio de los pedidos de restitución. El art. 24 de la primera Convención estipula que

> *las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos y cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado*

## El mecanismo del orden público internacional al servicio del interés superior del menor

Es interesante hacer notar la estrategia utilizada respecto del orden público. En el caso de la Convención sobre restitución, el art. 25 señala que

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

Es la primera vez que se utiliza una redacción tan restringida de la excepción de orden público internacional, la que generalmente viene redactada en el sentido de que el Estado no aplicará la ley extranjera "cuando fuere manifiestamente contraria a su orden público". En el caso de la Convención sobre restitución la individualidad jurídica del país sólo podrá ser argumentada si se apoya en los Tratados sobre derechos humanos en general o del niño en particular.[141]

[141] En su análisis de la Convención de La Haya de 1980 Miralles Sangro se interrogaba sobre el valor jurídico que tienen dichas Declaraciones sobre los Derechos del Niño y el grado de vinculación con las Declaraciones sobre Derechos Humanos para los Estados que la suscriben. Y responde "de una parte, las Declaraciones contienen una

Y, asimismo, es la primera ocasión que se estipula un contenido del orden público auténticamente internacional imponiendo -en última instancia- un vínculo entre el núcleo de nuestra disciplina con los derechos fundamentales del ser humano. Tal es así, que al pasar al análisis de la Convención sobre tráfico, la cláusula de orden público no existe, pues no es posible anteponer ningún argumento al traslado de un menor del lugar de su centro de vida cuando ha sido objeto de un tráfico, ya que constituye el mayor escarnio que pueda sufrir.

El punto requeriría de una amplísima digresión que no es apropiada en este momento; sólo cabe señalar que el Maestro Alfonsín expresaba en su tesis sobre el orden público, que cuando los contenidos del orden público internacional de origen nacional coincidieran en varios países se transformaba en un nuevo Derecho objetivo de alcance regional. "Cuando *los hechos* consignen que una norma de orden público tiene real vigencia en la región, la extraterritorialidad es tan sólo la apariencia de la vigencia de la norma regional".[142] La posibilidad de un orden público trasnacional no siempre es compartida. Al respecto Feldstein de Cárdenas sostiene que "nos permitimos estar en desacuerdo con esta noción de 'orden público trasnacional' toda vez que ella se encuentra estrechamente vinculada con una concepción que combatimos acerca de la independencia de la *lex mercatoria* de los derechos estatales (…) resulta tan innecesaria, tan imprecisa, tan ideológicamente peligrosa; lo primero, porque puede llegarse a los mismos resultados a través de la noción de orden público internacional clásica; lo segundo porque su contenido encierra tal vaguedad que la hace conspirar contra su clara determinación e interpretación y, a mayor abundamiento, porque no nos quedan dudas que el concepto de 'orden público trasnacional' puede conspirar contra el pluralismo inherente de la sociedad internacional que es la base misma del derecho internacional privado".[143]

Por nuestra parte, consideramos que en cuanto al orden público no se trata de un asunto de admitir o rechazar debido a que tiene un componente eminentemente sociológico. Toda sociedad estatal, infra o extraestatal, necesita para existir y perdurar de un núcleo duro sobre el cual asentar su identidad, el círculo mínimo de principios, valores y reglas, sin cuya existencia todo cuerpo social se deshacería como

---

serie de principios o aspiraciones humanitarias que los Estados firmantes se comprometen a realizar y, de otra parte, en consecuencia, no pueden caracterizarse como normas jurídicas en sentido estricto, sin que ello quiera decir que estén desprovistas del elemento obligatoriedad (…) pero, como bien señala una amplia doctrina (…) el incumplimiento o falta de respeto a tal Declaración implicará, al menos indirectamente, una violación de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, según las cuales todos sus miembros se comprometen a tomar medidas para la consecución del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de tales derechos y libertades (…); una acción contraria al contenido de una Declaración sobre los Derechos del Niño equivaldría a su violación y de ésta se derivaría una determinable responsabilidad internacional (…); las autoridades competentes, judiciales o administrativas, encargadas de aplicar el Convenio y, en su caso, la excepción contenida en su art. 20, tendrán, en consecuencia, una doble labor: a) aplicar su propio ordenamiento interno sobre derechos del hombre y libertades fundamentales y, b) tener muy presente no sólo los componentes internacionales de su Estado en la materia sino también, todos los Convenios, Acuerdos o Resoluciones internacionales que sobre los Derechos del Niño puedan ser de aplicación al caso". Considera que las situaciones más frecuentes de invocación a la protección de los derechos fundamentales se refieren a la no discriminación entre nacionales y extranjeros para evaluar los riesgos del secuestro, la libre circulación de las personas cuando se deciden medidas administrativas de protección y los principios de reciprocidad y de cortesía internacional. La autoridad decisora deberá fundamentar jurídicamente su decisión. Recomienda "evitar una aplicación abusiva del art. 20 del Convenio de La Haya pues podría llevar al fracaso del Convenio en cuanto aparecería como elemento justificador de los 'secuestros (…); no hay duda que el compromiso entre las delegaciones (…) fue ofrecer un instrumento tendente a frenar y paliar los efectos de los 'secuestros'." Miralles Sangro, Pedro-Pablo. *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España.* Madrid. 1989. p. 204.

[142] El énfasis es colocado por el propio autor. Alfonsín, Quintín. *El orden público.* Montevideo. 1940. p.

[143] Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia. *El orden público internacional: una mirada desde el derecho internacional privado contemporáneo.* AA. VV. Globalización y Derecho. Op. cit. p. 276.

un flan. Permite identificar y defender lo interno de lo externo, de aquellos que no comulgan o participan de la misma idea. O un grupo tiene elementos identitarios o no los tiene y, en tal caso, desaparece. Cualquier integrante de cualquier organismo social que no respete el fundamento básico del grupo quedará automáticamente afuera del mismo en tanto no se identifica con él, tanto una sociedad filantrópica como una gavilla de bandoleros. Por ello, si bien no puede negarse la realidad social eminentemente plural sí podría ordenarse su ámbito de actuación y le corresponde al Estado determinar aquellos órdenes públicos legales e ilegales y establecer una frontera entre lo doméstico y lo extranjero.

Si bien compartimos la idea de que el orden público proveniente de la *lex mercatoria* –y de paso, el de cualquier orden jurídico no estatal- no puede prevalecer ante el orden público de los Estados, aclaremos que las normas que la componen se cuidan mucho de hacerlo, antes bien se vuelcan hacia un lenguaje de convivencia pacífica. En cuanto a los ordenamientos jurídicos infra estatales gran parte de ellos adecuan su orden público al imperante en el Estado en el cual operan sin inconveniente alguno. Todo lo dicho haciendo notar que el orden público del Estado debe respetar esa realidad social a la que sirve con su estructura político-jurídica cumpliendo una función de portavoz. Quizás el problema sea únicamente atender con mayor celo una mayor precisión conceptual: cuando se habla de un orden público trasnacional no se alude a la identidad de una nación, la cual se estaría perdiendo en cuanto singularidad de lo local sino, más bien, a los principios básicos y esenciales de la humanidad combinados con la defensa de la interculturalidad. Más que un orden público trasnacional habría que conceptuarlo como un nuevo derecho de alcance regional o mundial imbricado en varias disciplinas jurídicas. Es en este enfoque donde podría plantearse un muy interesante avance en cuanto fundamento del derecho internacional privado actual. El Estado en lugar de ser el paladín de la defensa de los propio e intransferible sería el mecanismo para la protección de aquellos valores que definen en todas partes la dignidad del ser humano. Todo sin perjuicio de admitir que el orden público internacional propiamente dicho, seguiría cumpliendo con su función natural.

## Reflexiones finales

Tanto la dignidad del anciano[144] como el interés superior del menor son dos herramientas jurídicas que se han introducido en estos últimos tiempos en el derecho internacional privado y que recorren e influyen todas las materias que puedan afectarlos, directa o indirectamente. Se cuelan, incluso, sobre las técnicas específicas del conflictualismo clásico y, en especial, sobre la calificación, la interpretación, integración, adaptación y sobre la excepción del orden público internacional.

En cuanto al interés superior del menor específicamente considerado, no existe un concepto universal del mismo, antes bien tantas nociones como ordenamientos jurídicos existan y la época o contexto histórico en que se presente. Por ese motivo el derecho internacional privado debe estar abierto a todas las propiedades que detenta el interés superior del menor en los ordenamientos jurídicos internos. Los derechos fundamentales de los niños y adolescentes se conectan a este interés, para propiciar una intermediación entre esos conceptos universales con los valores propios del ordenamiento jurídico de cada foro.[145]

---

[144] Ver la Segunda Parte referida a la ancianidad y a la dignidad del anciano.

[145] Chabert concluye su obra con una reflexión muy atendible: "¿Debemos concluir que el interés del menor en todas sus acepciones está plenamente atrapado por métodos de conflictos de leyes? No. hay cuestiones que complican su aplicación, como la multiplicación de los instrumentos internacionales, la incertidumbre que planea sobre el campo

En base a lo expuesto, lo que debe entenderse por el interés del menor varía considerablemente según el Estado en el que nos encontremos, con lo cual se evita la eventual crítica de que se trata de otra ideología impuesta por Occidente. Porque una cosa es la consagración universal de este criterio, y otra las diferentes connotaciones que él adquiere según los distintos contextos culturales.[146] Las funciones en los dos planos mencionados son muy diferentes, de ahí que lo hayamos catalogado como un concepto extraordinariamente mutante. Tanto sirve como criterio para elegir la mejor ley sustantiva, cuanto una noción marco productora de nuevas normas más concretas y precisas. Ora un criterio de interpretación, o ya utilizado como un método de integración o de adaptación de las normas vinculadas o convergentes. Principio que avala la competencia judicial de la jurisdicción más próxima o de cualquier autoridad ante situaciones de urgencia. Transmutación del orden público internacional de origen nacional en un orden público auténticamente internacional, que lo transforma de un orden público de evicción en uno de dirección u orientación. Ello termina por convertir sus soluciones en un núcleo de derecho sustantivo supranacional rígido, vehículo para la defensa de los derechos fundamentales de los seres humanos que recién comienzan a vivir y, nuevo corazón del derecho internacional privado de la minoridad y de la familia. Si esta convicción se expande, los derechos humanos se habrán transformado en un orden público auténticamente internacional y se estaría afirmando un núcleo donde podría apoyarse la idea de una comunidad jurídica de convicciones para el mundo en el cual las niñas, niños y adolescentes viven, disfrutan y sufren.[147]

## Sección 2
## La filiación en el derecho internacional privado

### Introducción

Por filiación debe entenderse un vínculo jurídico coincidente con el biológico o similar al biológico entre una persona y sus descendientes, del cual se derivan un haz de consecuencias jurídicas. El vínculo biológico no puede ser más que uno y de una clase. La filiación, en cambio, aún cuando corresponda a un vínculo biológico puede ser de varias clases: legítima –o proveniente del matrimonio- y natural –o extramatrimonial- Con posterioridad se le ha unido la filiación adoptiva, que se trata de un vínculo esencialmente jurídico, sin contrapartida biológica alguna.

Actualmente existe una fuerte tendencia hacia la unidad en el tratamiento del vínculo filiatorio. Por un lado, se está suprimiendo la diferenciación entre filiación matrimonial y extramatrimonial, porque se considera un trato discriminatorio hacia los hijos, que no tienen la culpa de su estado de hijos extramatrimoniales. Y por otro, se trata de privilegiar la figura de la filiación adoptiva plena, total, acercándola al régimen de la filiación matrimonial y tutelando al menor antes que a la pareja adoptante.

---

personal, la variabilidad de su campo material y la inserción de conceptos inéditos. El disfavor de ciertas reglas de derecho internacional privado, su coordinación peligrosa, la interpretación judicial neutralizante cuando ella no es en sí misma desnaturalizante y, la inspiración material contraria, matizan mucho el interés del menor. El interés del menor debe superar esas contradicciones corrigiéndolas. El derecho positivo se balancea entre el objetivo de eficacia de la decisión a dictar en un Estado vinculado y el objetivo de efectividad de la protección en el foro." Concluye como otros autores, sosteniendo que hay que conjugar las dos justicias de derecho internacional privado, la sustancial y la conflictual. Chabert, Cyril. *L'intérêt (…)* op. cit. p. 546.

[146] Durán Ayago, Antonia. *El interés del menor…* op. cit. p. 297, 304 y 305.

[147] La regla de conflicto del foro podría ser el soporte de estos valores fundamentales y hacer depender la conexión de la defensa de estos derechos.

Pero, el verdadero reto actual, no consiste en esta unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. La tendencia referida simplemente recoge lo que ya es un hecho reconocido en la realidad cotidiana. Al derecho internacional privado, hoy día, le interesa las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada –necesidad que se siente actualmente en el derecho interno- también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado.

Respecto de esto último debe verse: la inseminación artificial, y la fecundación extrauterina.

Ambas, a su vez, pueden ser: homóloga, o heteróloga.

Todo ello da lugar a un gran número de combinaciones que constituyen verdaderos quebraderos de cabeza para encontrarles una solución jurídica adecuada.

A su vez, el problema regulatorio de la filiación puede merecer un régimen extraterritorial o territorial. En el primer caso, una filiación declarada en un Estado tendrá efectos en todos los demás. En cambio, en la segundo, la filiación declarada en un Estado sólo tendrá efectos en el Estado que la declaró o que la reconoció y ningún efecto en los otros Estados.

Pero, puede ocurrir que esta solución también se aplique a las nuevas formas de filiación provenientes de la biotecnología, aunque todavía es muy pronto para pronunciarse al respecto, por lo nuevo del fenómeno y porque los derechos internos están actuando con un cierto retardo, al impulso y presión, únicamente, de la doctrina. Me pregunto si en lugar de regla de conflicto no tendremos que ir a normas materiales en el caso.

Examinando este nuevo panorama ¿podemos afirmar aún, que las soluciones neo-territorialistas impuestas por los Tratados de Montevideo constituyen soluciones fuera de moda? La respuesta puede ser afirmativa si la miramos como tratamiento regulador de la filiación natural, la que en la época presente debe ser equiparada totalmente a la filiación legítima, en cuanto a los efectos extraterritoriales.

En los nuevos casos estudiados, muchos de ellos aparecen como sumamente agresivos, no sólo para la familia sino también, para las sociedades nacionales en general. Por ello parece prudente y aconsejable mantener, en ciertos casos, soluciones territoriales. Sobretodo mirando que en el Derecho interno de muchos países no existe una posición uniforme, ni tampoco firme y asentada.

El tiempo demostrará el predominio de dos grandes posiciones.

a) ***Legislaciones que miran con preferencia el momento del parto***: tratarán de defender y darle la primacía al núcleo familiar, poniendo énfasis en la cohesión y la paz de la familia, en la defensa de los más débiles de sus integrantes: la mujer y los hijos, a los que no se los quiere exponer a los avatares de juicios casi siempre escandalosos, de prueba difícil, y siempre incierta.

b) ***Legislaciones que mirarán con preferencia el patrimonio genético***: esta postura intentará defender el producto de las técnicas de fecundación asistida, o sea: al hijo: Éste, como en las situaciones que se presentaban con los hijos naturales –catalogados frecuentemente como bastardos o seres de segunda categoría, sin derechos sucesorios o con derechos sucesorios menguados, sin derecho a llevar el apellido de sus padres- constituye hoy, la principal víctima de la situación. Una situación que no debemos dejar de insistir, no le es adjudicable, como tampoco lo fue la de los hijos naturales, adulterinos, sacrílegos o incestuosos. Y como no debe cargar con una culpa que no le es imputable, deberá procurarse

por todos los medios, priorizar su situación frente al resto del grupo familiar involucrado. Si seguimos este enfoque las soluciones *favor filiorum* se impondrán en el tema, tarde o temprano.

## Convenciones internacionales

Tratado de Montevideo de 1889. Regula específicamente varios tipos de filiación:

Filiación matrimonial. Para que exista filiación legítima se requieren 2 condiciones:

a) ***Existencia de matrimonio entre los padres del hijo*** (art. 16 Tratado de 1889 y art. 20 en el de 1940))

> *La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima ...*

Esta norma regula la primera de las condiciones configuradoras de la filiación legítima: que haya matrimonio celebrado. El art. 16 hace referencia a la cuestión previa de la validez o nulidad del matrimonio. La validez del vínculo matrimonial -en cuanto cuestión previa de la filiación legítima- depende de la ley que rige la celebración del matrimonio. Ahora bien, ¿la validez del matrimonio debe ser resuelta conforme al art. 16 o de acuerdo al art. 11? ¿El art. 11 es una referencia implícita al art. 16, o no? La pregunta es válida porque este último artículo si bien regula la validez del matrimonio por la ley del lugar de celebración, le confiere a los Estados Parte la facultad de desconocer dicha validez por determinadas razones materiales enumeradas en el mismo, y el art. 16 nada dice al respecto. Alfonsín se inclina por la preeminencia del art. 16 sobre el art. 11 debido a que aquél es una norma específica que sirve para apreciar concretamente, la legitimidad de la filiación, en cambio el art. 16 regula la validez del matrimonio para toda cuestión, con excepción de ésta. Y además debido a que es partidario de aquella postura que considera legítimos a los hijos nacidos de un matrimonio poligámico.[148]

b) ***las otras cuestiones sobre legitimidad de la filiación se rigen por la ley del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo*** (art. 17). Esta ley decidirá si el hijo proviene o no del matrimonio. ¿Domicilio conyugal? El del marido de la madre de acuerdo al art. 8 si no viven de consuno. A partir de 1946, con la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, esta disposición carece de eficacia en Uruguay por razones de orden público internacional.

Actualmente, para Uruguay la filiación legítima se regula por la ley del Estado donde ambos cónyuges tenían fijado el domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo y, en defecto del mismo, por la ley del Estado donde ambos cónyuges tenían separadamente sus domicilios propios y, en su defecto, viviendo cada cónyuge en un país distinto, el Tratado resulta inaplicable para Uruguay.

¿Qué ocurre con el hijo póstumo? Su filiación se regula por el domicilio conyugal al momento de morir el padre. Se trata de un punto de conexión fijo, ya sea a favor o en contra. La decisión de la ley del domicilio matrimonial al momento del nacimiento del hijo decide acerca de la suerte del hijo para siempre.

Jurisdicción competente: art. 56 inc. 1 y 2. Al establecer el inc. 2 que igualmente son competentes los jueces del domicilio del demandado, afecta la armonía entre la ley reguladora de la filiación y la *lex fori.*

Filiación extramatrimonial. El art. 18 del Tratado de Montevideo de 1889 (y el art. 22 del Tratado de 1940) consigna que

> *Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos"*

---

[148] Alfonsín, Quintín. *Sistema de Derecho Civil Internacional.* Vol. 1. Montevideo. 1961. p. 713.

Este artículo, al referirse a "los derechos y obligaciones" está aludiendo a las consecuencias de la filiación ilegítima, pero no a las condiciones. ¿Qué norma regulará las condiciones de la filiación ilegítima?

Alfonsín piensa que debe ser la misma ley territorial que regula las consecuencias, como medio de coherencia. De otro modo, al no regular el Tratado las condiciones por una determinada ley, haría inaplicable el art. 18.

La ley territorial decidirá acerca de: las condiciones, requisitos, plazos y pruebas necesarios para que sea establecida o revocada una filiación ilegítima. Y los medios para establecerla o revocarla (plazos de caducidad o de prueba, reconocimiento, investigación, etc.)

La filiación extramatrimonial consagrada en un Estado Parte del Tratado carece de obstáculos para gozar de eficacia extraterritorial. Todo dependerá de la posición el Estado receptor. El Tratado no obliga a adjudicar eficacia puramente territorial a la decisión que declaró una filiación extramatrimonial. El Estado receptor será libre de concederle una eficacia extraterritorial, algo que sucederá en la mayoría de las hipótesis sin desobedecer ni salir de la aplicación del Tratado, o considerar lo actuado como principio de prueba a presentarse en el juicio que se tramite en el Estado receptor, o negarle eficacia, en estos dos últimos casos acontecerá cuando se hayan respetado los requisitos del debido proceso. Basados en la teoría neoterritorialista, consistente en darle libertad a cada Estado para que decida lo quiera, una vez que ha sido designado competente por la regla de conflicto. Pensamos que cada Estado puede decidir sin restricciones si la declaración de paternidad o de maternidad consagrada en el extranjero es de recibo en su propio territorio, o en cambio alegar el juicio tramitado en el extranjero como indicio de prueba, o si no puede aceptarse su eficacia extraterritorial y hay que iniciar un nuevo juicio en el país.

Jurisdicción competente: El establecimiento o revocación de la filiación ilegítima deben ventilarse ante la judicatura del Estado donde se invoque el vínculo. (Art. 56 inc. 1). El pronunciamiento tiene efecto extraterritorial, limitado por el orden público internacional del Estado receptor.

Cuando habla de la "ley del lugar donde hayan de hacerse efectivos los derechos y obligaciones" alude a la ley territorial donde ocurren las consecuencias.

Filiación legitimada por el subsiguiente matrimonio de los padres. Se requiere el cumplimiento de tres condiciones:

- *que se haya establecido una filiación extramatrimonial, paterna o materna:* ésta se regula por la ley establecida para la filiación extramatrimonial (Art. 18).
- *que exista matrimonio válido entre los padres del hijo:* la validez del matrimonio, como cuestión previa de la legitimación, se regula por la ley del lugar de la celebración y es aplicable el art. 16.
- *que dicho matrimonio opere legitimación:* para producir la legitimación no basta el matrimonio de los padres sino que es preciso que ese matrimonio produzca un efecto legitimante.

Para Quintín Alfonsín esta filiación legitimada, a pesar de la asimilación a la filiación matrimonial nunca podría tener efectos extraterritoriales, pues la legitimación se encuentra basada sobre una filiación extramatrimonial –a la cual le adjudicó efectos puramente territoriales- y, por ello, no podía tener mayor alcance que ésta. No estoy de acuerdo con este razonamiento ya que desconoce el poder del efecto legitimante del matrimonio, la territorialidad –si es que existe- está corregida o rectificada, se halla subsanada por el subsiguiente matrimonio de los padres.

Tratado de Montevideo de 1940. Rigen las mismas disposiciones que en el Tratado anterior.

Código Civil. No contiene disposiciones de derecho internacional privado referidas a la filiación. El art. 2393 regula el estado de las personas por la ley del domicilio pero no se aplica al vínculo filiatorio, y encaró el estado como una situación propia de cada persona. Tampoco especifica el momento de determinar el domicilio, lo que llevaría a un domicilio actual y variable. Y no consagró el respeto de los derechos ya adquiridos, lo que provocaría mutaciones permanentes.

En el campo no convencional se aplicará como doctrina más recibida a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. También la CIDIP III en materia de adopción internacional de menores, cuando sea ratificada por nuestro país.

Jurisdicción competente: el art. 2401 del Código Civil consagra el criterio Asser, por lo cual para establecer o revocar una filiación habrá que recurrir al juez del Estado cuya ley es aplicable.

## La filiación adoptiva

### Introducción

Actualmente existe un auge creciente de las adopciones internacionales, lo cual es motivo de preocupación de gobiernos, organismos internacionales y de instituciones privadas. Fruto de esta preocupación es la realización de la CIDIP III de la cual surge una *Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores*[149].

Como una consecuencia de la 2ª Guerra Mundial, y desde fines de la misma, la emigración de niños con vista a la adopción se produjo de Europa hacia los E. U. de A., y de un país europeo a otro. Actualmente, la situación se da en un sentido distinto: países desarrollados, altamente industrializados y con muy baja natalidad se interesan intensamente por incorporar en adopción a niños provenientes de países subdesarrollados, con alta natalidad y donde el problema de la infancia abandonada adquiere dimensiones preocupantes.

En nuestro continente uno de los factores que operan en forma negativa para resolver esta problemática es el factor demográfico. En algunos países el 55% de la población es menor de edad. Basta citar que en 25 años se duplicó la población de América Latina, situándose Uruguay en un extremo, con un crecimiento de un 30% y Venezuela en el otro, con un crecimiento de un 146%.

Otro de los factores que operan en forma negativa lo constituyen los graves problemas sociales del continente. El niño, cuando resulta abandonado, no resulta abandonado porque sí, sino que es el último eslabón de la desintegración de la familia: falta de trabajo del jefe de familia en el medio rural con la consiguiente emigración del campo hacia la ciudad. La respuesta es: desarraigo social, alcoholismo, mendicidad y, como consecuencia de todo ello: la niñez desprotegida. Estos problemas más que al niño afectan a la familia como tal y, en la medida éstos se solucionen, gran parte de los problemas del niño se solucionarán solos. Por ello, se puede hablar más bien de familias carenciadas que de niños con carencias, más que el niño, en América Latina habría que asistir a la familia.

---

[149] Puede verse más ampliamente: Santos Belandro, Ruben. *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital.* Montevideo. 2007. p. 95 y ss. Opertti, Badán. OEA.COM.I/10.17 mayo 1984. Ibídem. *La adopción internacional en el derecho internacional privado de conflicto. El problema de la ley aplicable.* Proyecto de Convención. Reunión de Expertos sobre adopción de menores. OEA. Instituto Interamericano del Niño. Quito. Ecuador. 7 a 11 marzo 1983. Sección de Estudios Jurídicos y Sociales. Montevideo. 1983.

Actualmente también se está superando el viejo concepto de mirar el interés de la pareja adoptante para dar preferencia al interés del niño. Y se está convirtiendo a la adopción en un medio para proporcionar un hogar estable a un niño privado de él. Hay pues, una nueva óptica respecto de la adopción, poniéndose el acento en la niñez abandonada antes que en la paraje sin hijos. Ello no oculta el hecho de que la adopción es una institución compleja en cuanto no puede hacerse un estudio exclusivamente jurídico de la misma. Hay que tener en cuenta además, las relaciones sociales que van a ser regidas por la norma, lo cual obliga a realizar un análisis multidisciplinario, donde intervienen juristas, médicos, psicólogos, sociólogos, etc..

## Adopción internacional

No debemos confundir *la internacionalidad* de la adopción –que es un rasgo propio de su origen- con *la eficacia extraterritorial* de la adopción. Cuando existe una adopción de derecho interno, al derecho internacional privado sólo le interesará el problema de su invocación en el extranjero: el de su reconocimiento y eficacia internacionales. Su reconocimiento plantea un problema desde el punto de vista formal, debido a la existencia de adopciones judiciales, donde surge la interrogante de si requieren o no del exequátur propiamente dicho.

En cuanto a las adopciones extranjeras tenemos el art. 25 de la Convención Interamericana que les asegura una eficacia extraterritorial automática. No es necesario el exequátur para que la adopción extranjera sea reconocida extraterritorialmente. Importante desde el punto de vista de los contralores notariales.

Tanto el Código Bustamante como el Tratado de Montevideo de 1940 prevén la adopción internacional como una relación "absolutamente" internacional –según la clasificación de Jitta- o sea que la misma se constituye *ab initio*, desde su origen, con la participación de más de un orden jurídico. Ambas normativas contemplan la adopción como un fenómeno entre dos particulares que pertenecen a Estados diferentes. También en la CIDIP.

En la adopción internacional el elemento relevante puede ser la diferente nacional, el domicilio o la residencia habitual del adoptante y del adoptado. En la Convención de 1984 la internacionalidad de la adopción se da mediante el juego de dos conexiones: *domicilio* del adoptante y *residencia habitual* del adoptado. El art. 1 expresa que:

> ***La presente Convención se aplicará a la adopción de menores (...) cuando el adoptante o adoptantes) tengan su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte.***

Se le asegura a las adopciones internacionales constituidas de acuerdo a esta Convención, la continuidad jurídica a través de las fronteras de los países, una eficacia extraterritorial automática como a las extranjeras, en cuanto el art. 5 expresa que:

> *Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho en los Estados Partes, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida.*

Es decir, que se previó su circulación internacional de pleno derecho.

La Convención Interamericana atiende de una forma más matizada la problemática de la adopción. No fue tan drástica como el Código Bustamante y el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que regulan únicamente la adopción internacional, por el contrario, considera por un lado a:

1) *las adopciones absolutamente internacionales:* según la clasificación de Jitta, art. 1.

2) *las adopciones relativamente internacionales o cuasi internacionales:* en el art. 20 en cuanto dispone que:

***Cualquiera de los Estados Parte podrá, en todo momento, declarar que esta Convención se aplica a las adopciones de menores con residencia habitual en ellos, por personas con residencia habitual en el Estado donde tenga su residencia habitual el menor, cuando de las circunstancias del caso concreto, a juicio de la autoridad interviniente, resulte que el adoptante (o adoptantes) se proponga constituir domicilio en otro Estado después de constituida la adopción.***

Se refiere, si duda, a aquellas adopciones que aún cuando se carácter interno en cuanto ambas partes tienen domicilio en un mismo Estado, sin embargo, adquieren una vocación internacional, por ejemplo, debido a que el adoptante sea un funcionario diplomático. Y el juez puede extender a estos casos el ámbito de aplicación de la Convención, cosa muy importante.

3) *las adopciones nacionales:* en el art. 25 ya citado, que habla de "adopciones otorgadas conforme al Derecho interno".

## La presencia de Derechos positivos muy disímiles entre sí

Las primeras manifestaciones en nuestro continente de regulación supranacional de esta figura jurídica las encontramos en el Código Bustamante de 1928, que fue el primero en el ámbito interamericano. Seguido luego por el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, arts. 23 y 24.

Luego tenemos en América la *Convención Interamericana* de La Paz de mayo de 1984 o CIDIP III que establece un conjunto de normas de conflicto sobre la adopción internacional, destinada a establecer por medio de ciertos puntos de conexión, la ley aplicable al instituto. La cuestión de si debiese haber sido una Convención con normas materiales o con normas de conflicto fue ampliamente discutido en la CIDIP., pero se prefirió un camino progresivo para llegar luego, a una norma sustantiva supranacional de carácter uniforme.

Sin perjuicio de ello, en la Convención Interamericana se pueden hallar normas materiales, como la del art. 12 que establece en el caso de una adopción plena que los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos.

Con bastante posterioridad a los primeros textos latinoamericanos surge en Europa la *Convención de La Haya de 1965* que utiliza la técnica de las normas de conflicto o formales, y la *Convención de Estrasburgo de 1967* que consagra normas unificadas materiales, que conforman un verdadero estatuto supranacional en el ámbito de la región, respecto de la adopción.

Lo primero que se constata al estudiar esta categoría es la gran diversidad legislativa en los distintos Estados. Tanto respecto de las condiciones de forma como de fondo.

### - Diversidad en cuando al fondo

***En cuanto a las personas:*** algunos países exigen que *el número* de adoptantes sea más de uno y que sean casados entre sí. Otros permiten que sea uno solo: soltero, viudo o divorciado y aún casado. El vínculo serán en el último caso uniparental.

*La edad* también varía: la edad mínima y la máxima del adoptado, la edad del adoptante, y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado. La tendencia en doctrina es a no poner límites a la edad mínima del adoptado debido a que se piensa que la adopción del niño abandonado es un beneficio para él. No sólo por el abandono en sí sino también porque las secuelas de una falta de asistencia afectiva, económica y física conllevan una influencia determinante sobre la salud mental del niño que permanecen aún una vez adulto.

Asimismo se mira *la diferencia de edades* entre adoptado y adoptantes de modo que permitan el surgimiento de lazos de jerarquía y subordinación, para evitar que se creen entre adoptados y adoptados,

lazos de naturaleza distinta de los paterno – filiales. Por ello también se busca que los adoptantes tengan una edad semejante a la que puedan tener los padres naturales.

***En cuanto a las clases de adopción:*** algunos países prevén dos formas de adopción: la simple y la plena o irrevocable o *strong adoption* del *common law*. Otros legislan sobre legitimación adoptiva como figura equivalente a la de la adopción plena. Es el caso de Uruguay por la ley de 1945, inspirada en su similar francesa y que fue modelo para la posterior ley chilena sobre el punto.

Ciertos países ignoran ciertas formas de adopción lo que plantea el problema de la institución desconocida.

> ***Las adopciones otorgadas conforme al derecho interno, cuando el adoptante y adoptado engan domicilio o residencia habitual en el mismo país, surtirán efectos de pleno derecho en los demás Estados Parte, sin perjuicio de que tales efectos se rijan por la ley del nuevo domicilio del adoptante.***

- Diversidad en cuanto a la forma:

Determinadas legislaciones exigen la intervención de una autoridad administrativa o judicial, otras en cambio, la regulan como una institución de carácter contractual. La forma ha ido evolucionando desde el origen del instituto hasta el presente. Se la ha considerado un contrato, sujeto o no a homologación judicial. Luego, con la aparición de la adopción plena y legitimación adoptiva se acentuó la intervención de la autorización administrativa o judicial, debido a que la conformación de una relación paterno-filial tiene un claro contenido social.

a) ***Exigencia directa: documento público****:* el art. 23 del Tratado de Montevideo de 1940 exige como formalidad extrínseca *documento público.*

b) ***En cuanto a las formalidades intrínsecas:*** se rigen por la *lex loci acti* (ley del lugar del acto). El art. 3 de la Convención de La Paz establece que:

> *La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo*

c) ***En cuanto a las medidas de publicidad****:* tienen un significado en materia de adopción. Constituyen materia del Registro del Estado Civil, que por ser un servicio público queda sometido a la *lex fori.* El art. 6 de la Convención de La Paz dispone que:

> *Los requisitos de publicidad y registro de la adopción quedan sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplido.*

Se deja su regulación a la ley territorial, principio clásico en este punto en el derecho internacional privado.

> *En el asiento registral se expresará l modalidad y características de la adopción*

Porque como la adopción internacional se constituye en un Estado para tener efecto en otro se hace necesario realizar este tipo de especificaciones.

## Ámbito de aplicación de la Convención Interamericana sobre adopción internacional de menores

a) ***La adopción de menores****:* se trata de una Convención Interamericana, pero como ya hemos expresado, viendo que la mayoría de las familias adoptantes provienen de Estados no Parte –sobretodo europeos y norteamericanos- el art. 23 establece que:

> *La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.*

Desde un punto de vista subjetivo hace referencia exclusivamente a la adopción de menores. La adopción de personas mayores no requiere una regulación tan urgente como la de aquellos. La finalidad última de la Convención es la protección del menor.

b) ***Las adopciones plenas.*** Las adopciones internacionales más frecuentes son las llamadas adopción plenas, por cuanto el propio carácter internacional de la relación hace indispensable dotar a la institución de rasgos de permanencia e inmutabilidad. Se constata también la idea de que la adopción se va convirtiendo en una imitación total y sin restricciones de la filiación biológica. De esta manera el niño adquiere los derechos y obligaciones de un hijo legítimo, no sólo frente a los padres adoptantes sino también frente a toda la familia de los padres adoptantes.

La Convención Interamericana privilegia la adopción plena, que es la figura ideal para la constitución de una adopción internacional. Pero, ¿qué figura de adopción plena? Al contrario del proyecto del Dr. Opertti que definía la adopción vemos que la Convención no se encasilla en una terminología estricta sino que se establece una categoría amplia, a los efectos de abarcar todas las variaciones posibles de la figura, que sin embargo mantienen una cierta afinidad en lo medular. El art. 1 alude a "adopción plena, legitimación adoptiva y figuras afines".

A tal punto favorece la adopción plena que el art. 13 regula la posibilidad de *conversión* de la adopción simple en plena, con el consentimiento del adoptado si éste tuviera más de 14 años. Y para favorecer dicha conversión establece un punto de conexión alternativo, tanto en la determinación de la ley aplicable como en la determinación de la jurisdicción competente (Art.16.2).

Campo eventual de la Convención: las adopciones simples. Si bien el campo específico de la Convención es la adopción plena, existe también un campo *eventual* constituido por la adopción simple, pero es necesario que exista una declaración expresa del Estado Parte para que quede comprendida dentro del ámbito de regulación de la Convención. El Tratado no las incluye, pero tampoco las excluye.

Leyes aplicables a las condiciones de fondo

Desde un punto de vista de *lege lata* contamos con las siguientes soluciones:

1) ***aplicación acumulativa de las leyes del adoptante y del adoptado****:* el art. 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 sigue esta postura al disponer que:

> ***La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público.***

Este Tratado utiliza la regla de conflicto en materia de adopción, retuvo el punto de conexión domicilio y estableció en cuanto a la ley aplicable una solución acumulativa de las leyes del adoptante y del adoptado, para las condiciones de forma y de fondo. Con el agregado del documento público, cuya exigencia debe ser cumplida aun cuando esta exigencia no figure en las leyes nacionales aplicables. Esta última parte del art. 23 es una norma material de fuente supranacional, al igual que en materia testamentaria que exige acto solemne.

Se trata de la aplicación de las leyes del adoptante y del adoptado al momento de la constitución del vínculo. Las dos leyes decidirán, mediante la acumulación mencionada "las condiciones, limitaciones y

efectos" de la adopción. Se alude al carácter y alcance del vínculo: si es revocable, rescindible, temporario, permanente, ruptura o no del vínculo, etc.

Para algunos la solución acumulativa conduce a la aplicación de la ley más severa y fue establecida pensando que tratándose la adopción de una relación de larga duración, en la que se enfrentan los padres biológicos con los adoptivos, interesa simultáneamente al adoptante y al adoptado, el respeto de la ley más severa permitiría el reconocimiento en ambos países. No comparto este enfoque en cuanto el Tratado habla de "concordancia" y no de severidad. En consecuencia, parecía necesario la revisión las disposiciones del Tratado ya que inclinándose por la solución más restrictiva desalentó las adopciones internacionales en cuanto conducía a la aplicación de la ley más rígida.

El problema se plantea cuando las dos leyes son antagónicas. En este caso la aplicación so pretexto de acumulación de la ley más severa implicará el desconocimiento de la otra ley.

2) ***aplicación distributiva de las leyes del adoptante y del adoptado:*** cuenta con un mayor apoyo doctrinario, jurisprudencial –sobre todo francés- y con la Convención de La Paz de 1980 en sus arts. 3 y 4. Se le confía, entonces, a la ley del adoptado todo lo relativo al adoptado y se establece que para ciertas cuestiones se aplicará la ley del adoptante. No obstante, en la Convención Interamericana no existe un equilibrio absoluto entre las dos leyes puesto que ella parece más inclinarse hacia le ley del adoptado. La ley de fondo de la residencia habitual del adoptado regulará si la adopción se hará: judicial, administrativa o contractualmente y si, en este último caso, requiere homologación judicial.

## Efectos de la adopción internacional plena

1) ***Ruptura o mantenimiento de los vínculos entre adoptado y su familia de origen:*** el art. 23 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 abarca a todos los efectos de la adopción sin diferenciarlos, regulándolos por la misma solución acumulativa establecida para las condiciones.

> *La adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones* y efectos *(...)*

Este pasaje hace referencia más bien al carácter del vínculo y a su alcance: si es o no revocable, a los plazos, a las modalidades a cumplir para la constitución del vínculo, etc. (Conf. Alfonsín y Goldschmidt).

Pero no alude a los efectos o consecuencias propiamente dichos, los cuales están referidos en el art. 24, como puede ser: el derecho al nombre, el ejercicio de la patria potestad, el derecho a los alimentos, la vocación sucesoria, a la protección, etc. Cada uno de estos efectos generalmente constituyen *categorías autónomas*, no caen dentro de la categoría general adopción sino en la propia, por lo que deberá someterse a su propia ley. Por ejemplo: la sucesión se regirá por la ley del último domicilio del causante o por la ley del lugar de situación de los bienes, etc. (Opertti)

Se ha discutido mucho a qué clase de efectos alude el art. 23 y la opinión mayoritaria considera que el art. 24 debe aplicarse a aquellos efectos que constituyen categorías autónomas. Habría que distinguir aquellas relaciones que nacen de la adopción y aquellas otras relaciones que son independientes de la adopción. Por lo cual, no habría "demás" sino "otras" relaciones.

En cambio Alfonsín al referirse al art. 24 recoge la opinión del argentino Carlos Vico quien sostiene que hace alusión a las relaciones del adoptado con su familia natural y a las relaciones del adoptado con el adoptante y la familia de este último.

2) ***Irrevocabilidad de las adopciones:*** con la adopción plena los vínculos del adoptado con su familia de origen se extinguen totalmente, y como consecuencia de ello, se establece a irrevocabilidad del vínculo

adoptivo (art.12). Esto plantea el problema sobre si el adoptado tiene derecho a conocer a sus verdaderos padres y si no atenta contra sus derechos fundamentales –el de la identidad biológica, por ejemplo- mantener el secreto sobre sus parientes. El art. 7 contiene una disposición material al establecer que:

> *Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente procesa, los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores, si se los conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.*

Como vemos, la imposición del secreto no es absoluta debido a que puede desobedecerse por razones vinculadas con la salud del adoptado.

Entendemos que el legislador ha hecho alusión a la revocación voluntaria pero no a la judicial. O dicho de otra manera: el juez no está atado de manos por lo dispuesto por el art. 7, si de acuerdo a las características del caso, es necesario proceder a la revocación de la adopción.

3) ***Nombre del adoptado:*** Sería competente la ley del adoptante por ser éste y su familia donde va a ingresar el adoptado. Aunque en este caso pueden interferir las normas de aplicación inmediata o de policía.

4) ***Ejercicio de la patria potestad:*** la patria potestad es una institución de protección del menor que se encuentra organizada por la ley. Las partes son: los progenitores y el menor, que es el titular del derecho de protección. La protección debe ser única y dotada de una eficacia extraterritorial, siendo la residencia habitual del incapaz la que mejores títulos tiene para aplicarse.

Con la Convención de 1984 la ley aplicable no sería ya la del domicilio del incapaz –como lo establece el Tratado de 1940 y que impone como domicilio forzoso del menor el de su representante legal- sino la ley de su residencia habitual, que es aquélla donde el menor tiene su centro de vida, según lo afirman los Convenios bilaterales con Argentina y Chile.

Esta ley regulará las atribuciones de los padres respecto de sus hijos, incluso los adoptivos, y la competencia jurisdiccional (Arts. 9.a y art. 16).

> ***Las relaciones entre adoptante y adoptado, inclusive las alimentarias y las del adoptado con la familia del adoptante, se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia legítima.***

El principal efecto de la adopción es asimilar esta relación a la que surge de una familia legítima y , asimismo, somete su tratamiento a la ley de la filiación matrimonial. La incorporación es global, inclusive con los derechos sucesorios. En el caso de adopción simple contamos con el art. 10.

5) ***Prestación de alimentos****:* este derecho puede constituir una categoría autónoma, no atada en su regulación a ninguna otra institución del Derecho de Familia. Sin perjuicio de ello, el vínculo adoptivo da derecho a solicitar alimentos y no siempre la ley aplicable sería la que regula las relaciones entre adoptante y adoptado sino también, la ley del Estado donde el menor se encuentre *(ley fori)*, por razones de urgencia, sobretodo (Art. 91.a). En lo que no sea propio de la adopción se seguirá la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

6) ***Impedimentos para el matrimonio****:* se impondría aquí una solución acumulativa, aunque fuere en una fórmula más severa. Algunos ubican los impedimentos para el matrimonio como condición para la celebración del matrimonio, regido por la ley personal de cada uno de los contrayentes. Otros, en cambio, la toman como parte de la adopción y de su alcance particular. En este caso, habría que privilegiar la validez internacional del matrimonio.

La Convención de 1984 impone una norma material en el art. 9.b.:

***Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos. Sin embargo, subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.***

7) ***Derechos sucesorios****:* se encuentran regulados por el art. 11 de la Convención. Se trata de una categoría autónoma. Consagra los derechos sucesorios del adoptado frente al adoptante e, incluso, frente a la familia de éste. Si se tocó una categoría, distinta de la adopción internacional, fue porque todas las categorías del Derecho de Familia se encuentran imbricadas.

*Los derechos sucesorios que corresponden al adoptado o adoptante se regirán por las normas aplicables a las respectivas sucesiones.*

Sin embargo, luego en el inc. 2 flexibiliza la norma mediante una disposición material:

*En los supuestos de adopción plena, legitimación adoptiva o figuras afines, el adoptado, el adoptante y la familia de éste, tendrán los mismos derechos sucesorios que corresponden a la filiación legítima.*

### Excepciones a la aplicación del Derecho extranjero aceptadas o descartadas por la Convención

La excepción de orden público internacional. El art. 4 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 y art. 18 de la Convención Interamericana. La simple reglamentación diferente de la adopción de un país a otro no autoriza por sí sólo a invocar el orden público internacional. En el derecho de familia se nota una fuerte intervención del orden público por lo que obliga a precisar los límites de su procedencia y alcance. No puede haber discriminación de clase alguna.

La excepción de institución desconocida. El problema se presenta respecto de la eficacia extraterritorial a atribuirle a una adopción en aquellos Estados donde la misma es desconocida. Podrían caber dos respuestas: negarle todo efecto a la adopción, cuando la lex fori no conoce la adopción; admitirla, apoyándose en la coordinación de sistemas: como forma de buscar una solución favorable al instituto. El art. 5 de la Convención Interamericana se pliega a esta posición:

*Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho en los Estados Parte, sin que pueda invocarse la excepción de institución desconocida.*

## *La jurisdicción competente*

Cabe destacar que las conexiones que se puedan utilizar para determinar la ley aplicable y solucionar así un conflicto de leyes no tiene porqué coincidir con las conexiones utilizadas para solucionar un conflicto de conexiones.

El denominado *principio del paralelismo,* según el cual son competentes los jueces del Estado cuya ley es aplicable al acto –conocido como criterio Asser- ha sido recibido por los Tratados de Montevideo. Pero este principio o criterio, como se le quiera denominar, no funciona muy bien cuando al iniciarse el proceso no se sabe aún cuál es el derecho aplicable.

Las conexiones que sirven para determinar la ley aplicable en teoría pueden extenderse a la jurisdicción competente, pero las soluciones de una y otra son independientes. El principio del paralelismo no es preceptivo. No tienen porqué haber antagonismo entre el criterio para designar la ley aplicable y el correspondiente a la jurisdicción competente pero pueden llegar a ser independientes entre sí.

Como señala Opertti, establecer conexiones procesales justas en materia de jurisdicción no equivale a resolver con justicia el tema del derecho aplicable.

1) ***Las soluciones procesales del Tratado de 1940***: al establecer la solución acumulativa el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 no solucionó la cuestión de la jurisdicción competente en materia de adopción. Mirando la arquitectura general del Tratado, que marca un paralelismo entre ley aplicable y juez competente cabría en el caso la aplicación de dos leyes y la competencia de dos jueces.

Podría recurrirse al art. 56 del Título XIV referente a relaciones personales el cual dispone que:

> *Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto materia del juicio.*

Esta solución no es tan irracional como parece a primera vista en el entendido que aquel de los dos jueces que entienda primero de la cuestión excluirá al otro.

- ***Las soluciones procesales de la Convención Interamericana:*** ¿qué sucede con la Convención de La Paz de 1984? En materia de jurisdicción competente marca un estrecho paralelismo en sus arts. 15, 16 y 17 con las leyes aplicables, dado el interés de los respectivos Estados en regular el instituto: el del domicilio del adoptante y el de la residencia habitual del menor adoptado.

> Art.15. *Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.*

> Art.16. *Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de ka residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde domicilio el adoptado, cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.*

- *En el caso de anulación o revocación:* serán competentes los jueces de la residencia habitual del adoptado.

- *En el caso de conversión de la adopción simple en plena:* o legitimación adoptiva o figura afín: un punto de conexión alternativo, en concordancia con el art. 13 que habla de la ley aplicable.

- *En el caso de litigios entre el adoptante y el adoptante y la familia del adoptante:*

> Art.17. *Serán competentes para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos), los jueces del Estado del domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya*
> *Domicilio propio.*
> *A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio será competente, a*
> *Elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adoptante (o adoptantes)*

## La filiación en el Derecho musulmán: la alternativa es entre filiación paterna o no filiación

En los países musulmanes la familia es agnaticia, o sea que el parentesco se establece por consanguinidad y por vía exclusivamente masculina. Por tanto, la legitimidad de la filiación se basa en la prueba del vínculo de consaguinidad del padre respecto del hijo. Ésta será legítimo si nace *dentro* del matrimonio o, en el período de la *'idda*, es decir, dentro de un determinado período posterior a la disolución del vínculo matrimonial (por muerte o disolución voluntaria). Además tanto los hijos de la primera esposa como de

las restantes, y los hijos de las concubinas, todos son considerados legítimos. Como afirma Motilla [150] "fuera de la filiación legítima, establecida por matrimonio o reconocimiento paterno, no cabe otro tipo de acreditación de la paternidad legal. Ni siquiera el juez podrá declarar la filiación. (…) La *sharia* prohíbe al juez, a instancia del hijo, de su representante o de otra persona con un interés legítimo, a realizar una declaración judicial de la filiación o a iniciar el procedimiento de investigación de la paternidad. Aparte de la presunción de filiación matrimonial, el reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez, puede sustituirla. Este hecho es una prueba de la estructura patriarcal con que se concibe la familia en el Derecho islámico". Una vez reconocido por su padre, el hijo gozará de los mismos derechos y asumirá las mismas obligaciones que la de aquellos nacidos o concebidos dentro del matrimonio.

Cabe mencionar en este momento la figura del *tanzil*, en cuanto se trata de la concesión a una persona del título de hijo a efectos sucesorios, que en el Derecho marroquí presente una gran similitud con la figura de la adopción.

El Código del Estatuto Personal de Mauritania de 2001 consigna en los artículos 59 y 63 todo lo dicho con anterioridad:

> *Art. 59. El niño se encuentra afiliado a su padre si éste ha tenido un matrimonio leal, si ha tenido la posibilidad de relaciones conyugales y si no ha sido desconocido legalmente.*
> *Art. 63. Cuando una mujer no casada ha mantenido relaciones sexuales con un hombre equivocadamente, y ha dado nacimiento a un niño, la filiación de ese niño será conectada al autor de las relaciones.*

No obstante y debido a las presiones occidentales, dulcifica en algo la situación de la siguiente manera

> *Art. 70. La filiación legítima da nacimiento a los derechos y obligaciones tales como la subvención al mantenimiento, los derechos sucesorios y los impedimentos al matrimonio nacidos de la filiación o de la afinidad.*
> *Art. 71. La filiación ilegítima no es tomada en consideración en lo que concierne al padre, ella sólo produce como efecto la prohibición de matrimonio. Sin embargo, en lo que concierne a la madre, ella está asimilada a la filiación legítima.* [151]

En la mayoría de las soluciones legales de estos países, la madre de un hijo extramatrimonial sólo tiene derecho de custodia o *hadana*. El Código sirio del Estatuto Personal expresa que "el derecho de la mujer a la custodia de sus hijos no prescribe a causa de su trabajo, si garantiza la protección y el cuidado de ellos de modo válido" (art. 139.2).

Por ese motivo, más que hablar de filiación matrimonial o extramatrimonial debería recurrirse a términos como existencia o inexistencia de filiación, en tanto que el hijo no nacido o concebido dentro del matrimonio o no reconocido por el padre carecerá de todo derecho respecto de éste. Obsérvese las graves consecuencias para los hijos extramatrimoniales: no tendrán una filiación, no tendrán derecho alimentos, no gozarán de derechos sucesorios, etc. Pero, como hemos dicho, la mujer que ha procreado un hijo sin filiación reconocida tendrá un derecho de custodia del hijo. Y la *mudawana* marroquí de 2003 reconoce por primera vez el derecho de la mujer a reconocer un hijo extramatrimonial en el art. 147 y ss., siempre con la salvedad que "la filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación legítima

---

[150] Motilla, Agustín. *La filiación natural y adoptiva. El derecho de familia en el derecho islámico y en los Códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el derecho español.* A.V. El Derecho de Familia ante el siglo XXI. Cuestiones internacionales. España. 2004. p. 585.

[151] El Código Sirio, afirma en el art. 134.2 que en caso de reconocimiento "si el declarante es una mujer casada en estado de *'idda*, la filiación del hijo no pertenece a su esposo, salvo por acuerdo o demostrándolo".

respecto del padre" (art. 148), aunque puede pedirse una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el nacimiento fuera del marco permitido por la ley.

Es fácil advertir las consecuencias internacionales de estas soluciones legales. Por ejemplo, si el hijo reclama alimentos en un país occidental a su padre que no lo ha reconocido (filiación alimentaria) o, si reclama derechos sucesorios. O, a la inversa si el padre vive en un país occidental adherido al criterio de la nacionalidad y el hijo se encuentra en un país musulmán. Las relaciones que puedan reconocerse o desconocerse tendrán un carácter territorial y generarán situaciones claudicantes. Parece indudable recoger como punto de conexión para solucionar los conflictos paterno-filiales, la residencia habitual del hijo, en tanto éste viva en un país occidental y el padre tenga bienes allí, lo cual redundará en beneficio del primero y permitirá respetar los principios constitucionales de igualdad de todos los hijos y el derecho a no ser discriminados por ninguna razón.

### La ***kafala*** y su calificación

El Derecho musulmán no reconoce la posibilidad de recurrir a la adopción, la cual está expresamente vetada por el Corán por cuanto rescinde el vínculo entre el menor y su familia. [152] Para este Derecho no es concebible la posibilidad de crear artificialmente una relación de filiación, sólo tiene relevancia jurídica la filiación biológica.

Para los niños huérfanos o abandonados existe el instituto de la *kafala*, mediante el cual el menor es recogido por un individuo –denominado *kafil*- quien tiene el poder-deber de custodia por un tiempo indeterminado, con contenidos educativos, especialmente la obligación de instruir al menor en la fe musulmana. Algo que ciertamente roza los derechos fundamentales del niño, a quien se le ha reconocido en la Convención sobre esta temática, libertad de pensamiento, conciencia y religión. Entre aquellos Estados que han ratificado la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* el menor tiene derecho a elegir su religión, a cambiar de religión y, a rechazar cualquier creencia o práctica religiosa. Pero no es una adopción, no genera vínculos filiatorios, ni es una tutela, ni el *kafil* es un representante legal del menor.

El Código argelino tiene un Capítulo especial dedicado a la *kafala* que lo traduce como acogida legal. El art. 116 la define así:

> *Art. 116. La acogida legal es el compromiso de tomar benévolamente a cargo el mantenimiento, la educación y la protección de un menor de edad, al mismo título que lo haría un padre con sus hijos. Se establece mediante un acto legal.*
> *Art. 118. El titular del derecho de acogida legal (kafil) debe ser musulmán, sensato, íntegro, capaz de mantener al menor recogido (makful) y de protegerlo.*
> *Art. 119. El niño recogido puede ser de filiación conocida o desconocida.*

---

[152] El art. 72 del Código del Estatuto Personal de Mauritania lo dice muy claramente: "La adopción no tiene ningún valor jurídico y no entraña ninguno de los efectos de la filiación". Esta prohibición tiene su historia, según Fulchiron "esta interdicción encuentra su origen en el propio Corán. Los fundamentos históricos son conocidos: en la época del Profeta la adopción era practicada, el adoptado devenía hijo del adoptante, con los derechos y deberes correspondientes y también con los impedimentos de parentesco que derivaban de esa situación. El Profeta tenía un hijo adoptivo Zaïd, quien tenía una esposa de la cual se enamora el Profeta. Zaïd repudia a su mujer para permitirle al Profeta casarse con ella. La unión escandalizó pero Mahoma declaró que había recibido la visita del ángel Gabriel que le había revelado nuevos versículos del Corán: 'Dios no ha puesto en el seno del hombre dos corazones. No os ha dado vuestras esposas, aquellas de las que os separáis, por madres. No ha puesto a vuestros hijos adoptivos en pie de igualdad con vuestros hijos. Eso es lo que dicen vuestras bocas, pero Dios dice la Verdad y Él guía a la buena senda (Azora XXXIII.4).' En cuanto al matrimonio, la Azora precisa que 'Cuando Zaïd hubo decidido el asunto y se divorció, te casamos con ella, para que los musulmanes, al casarse con las esposas de sus hijos adoptivos, no cometan pecado si éstos han decidido divorciarse de ellas. ¡Cúmplase la orden de Dios!'" Luego de esta revelación, la adopción fue barrida de los países musulmanes. Únicamente la admiten Turquía, Túnez e Indonesia". Fulchiron, Hugues. *Adoption sur kafala ne vaut.* Dalloz. 2007. No. 12. p. 818.

> *Art. 120. El niño acogido debe guardar su filiación de origen si sus padres son conocidos. En caso contrario, se aplicará el art. 64 del Código del Estado Civil.*
> *Art. 121. La acogida legal confiere a su beneficiario la tutela legal y le otorga derecho a las mismas prestaciones familiares y escolares que las concedidas a un hijo legítimo.*
> *Art. 122. La atribución del derecho de acogida legal asegura la administración de los bienes del niño acogido, resultantes de una sucesión o de una donación, en el mejor interés de este último.*
> *124. Si el padre y la madre o uno de los dos demanda el reintegro bajo su tutela del menor acogido, si este último tiene edad de discernimiento le pertenecerá a él optar por retornar o no con sus padres. No podrá ser entregado si no tiene edad de discernimiento si no es con autorización del juez y tomando en consideración el interés del menor.*

El problema que se presenta en derecho internacional privado consiste esencialmente en calificar adecuadamente la figura jurídica de la *kafala,* y sólo es posible hacerlo tomando en consideración la función que cumple. En base a ello, cabría ubicar a la *kafala* dentro de la categoría existente en los Derechos occidentales, denominada "medios de protección del menor". De esta manera es fácil ver que no resulta ni una institución desconocida, ni tampoco de imposible reconocimiento. No obstante lo cual, no deja de generar algunos problemas, especialmente si utilizamos un concepto de familia ampliada, cuando el inmigrante musulmán reclama a las autoridades europeas la reunificación familiar.

El otro aspecto a destacar es si la *kafala* –en cuanto ejercicio estable de los derechos de custodia y de guarda del menor- no podría considerársela como el ejercicio o consumación de una etapa pre-adoptiva, apta para derivar en una adopción plena solicitada expresamente por el *kafil.* Respecto a su pedido habría que actuar con sumo cuidado, porque pueden rozarse derechos fundamentales de las personas, como el derecho mantener su identidad cultural por un lado; [153] y por otro lado, que la decisión última que se dicte puede tener una eficacia puramente territorial. Indudablemente, de aceptarse la adopción plena, ésta carecerá de eficacia en los países musulmanes. Pero en definitiva, la *kafala* en sí no roza el orden público internacional de los países occidentales, y no habría inconveniente en reconocerle eficacia extraterritorial. El niño integra una familia –la familia de acogida- y por tanto tiene derecho a la reunificación familiar. Sería conveniente que al ingresar este instituto dentro de la categoría "*medios de protección de los incapaces"* se le haga una adaptación mínima a las normas de origen, concediéndole al *kafil* la representación legal del menor.

La *Convención sobre los Derechos del Niño* ha tenido en cuenta a la *kafala* en el art. 20, el cual establece lo siguiente:

> *1. Los niños temporal o permanentemente privados de un medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*
> *2. Los Estados Parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidad para esos niños.*
> *3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones se prestará particular atención a la conveniente de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.*

En el mismo sentido, se pronuncia la *Convención concerniente a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y a medidas de protección de niños,* de La Haya de 19 de octubre de 1996. Donde el art. 3.e) determina que las medidas

---

[153] El art. 8 de la *Convención sobre los derechos del Niño* consigna en el art. 8 que: "1. los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de identidad o de todos ellos, los Estados de Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras restablecer rápidamente su identidad."

previstas en la Convención –y concernientes a la determinación del juez competente y de la ley aplicable en materia de protección de los menores y la cooperación internacional en cuanto a ese tópico- podrán referirse en particular a:

> *D. la colocación del niño en una familia de acogida o en un establecimiento, o su protección legal mediante kafala o mediante una institución análoga.*

## La filiación adoptiva en el Derecho chino

A partir de la revolución comunista, todos los hijos de la pareja tenían derechos iguales, e incluso los extramatrimoniales y los adoptados. El vínculo filiatorio podía quebrarse mediante la adopción plena. Además, se quebró otro principio fundamental vigente por siglos, donde se distinguía la sucesión o herencia del linaje y la sucesión patrimonial. El primero era el más importante porque permitía la continuación del linaje y del nombre. A partir de la revolución esta realidad cambia radicalmente, al permitirle a la mujer soltera que tenía familia la posibilidad de darle su nombre.

Es importante tener en cuenta que a partir de los años 70 se inició una política de planificación familiar de modo de reducir el crecimiento explosivo de la población (el promedio era de 5 hijos por hogar), cuya manifestación más trascendente fue: "una familia, un hijo", aun cuando se aceptaban algunas excepciones, como por ejemplo, si el primer hijo era discapacitado o estuviera imposibilitado para trabajar, si la pareja vivía en una zona rural y tuvo como primer vástago a una mujer, o en el caso de que los padres también fueran hijos únicos. Con esta medida la tasa de crecimiento demográfico bajo abruptamente y en la actualidad un hogar chino está conformado por tres o cuatro personas.[154]

Ley sobre adopción. El 29 de diciembre de 1991, enmendada por ley de 4 de noviembre de 1998, se aprobó la ley sobre adopciones, la cual entró a regir el 1 de abril de 1999, con el objetivo de proteger la relación adoptiva y salvaguardar los derechos de las partes implicadas. Esta ley enmendada se dirige exclusivamente a la concreción de las adopciones de niños y adolescentes menores de 14 años de edad con el objetivo de favorecer su educación y desarrollo, o sea que atiende principalmente el interés del adoptando más que el del o de los adoptantes. Se vuelca además, por el régimen de la adopción plena (art. 23).

Puede ser adoptado todo menor de 14 años huérfano o abandonado por sus padres, o cuando existe dificultad de estos últimos para criarlos "debido a dificultades inusuales". La calidad de adoptante queda sometida a las siguientes condiciones: no tener hijos, capacidad para criar y educar al menor, no padecer una enfermedad inadecuada para adoptar niños, y tener 30 o más años de edad. No obstante, un chino residente en el extranjero que adopte un niño de un pariente consanguíneo hasta el 3er grado, puede tener hijos propios, y se admiten otras excepciones que flexibilizan la norma. El niño de 10 años de edad hasta los 14 debe ser escuchado respecto de la adopción a crearse y debe obtenerse su consentimiento.

En cuanto a la calidad para ser adoptante, puede ser soltero o casado. Si es un hombre soltero, debe tener una edad mayor a los 40 años, y si se trata de un matrimonio adoptante, debe haber consentimiento de los dos para la adopción. Si se trata de una familia ensamblada, donde uno de los cónyuges ya tiene hijos, el otro podrá adoptar a los hijos de su nueva cónyuge sin los requisitos arriba enumerados. Si el niño ha sido dejado en adopción por el padre o madre viudos, los abuelos de la persona fallecida tendrán prioridad para la adopción.

---

[154] Yan, Luo. *Le droit et les évolutions sociales de la famille.* La Chine et le Droit. No. 1. Janvier-février 2008.

En cuanto a las formalidades de la adopción, ésta deberá constar por escrito la que deberá registrarse en el Departamento de Asuntos Civiles del Gobierno Popular de la Provincia, pero las partes pueden optar por redactar un acuerdo ante Notario.

De acuerdo al art. 21, "un extranjero puede, de acuerdo a la ley, adoptar un niño o una niña en la República Popular China". El país de residencia del adoptante deberá examinar y aprobar la adopción de acuerdo con su ley, y el adoptante deberá presentar documentos que certifiquen: la edad, el estado civil, la profesión, las propiedades, su salud, sus antecedentes penales; todos debidamente traducidos y legalizados. Deberá firmar un escrito con la persona que dejó al niño en adopción, el cual tiene que ser registrado en el Departamento citado. Si se ha optado por consignar la adopción en un acto notarial, deberá acudirse a una agencia notarial calificada para autorizar actos notariales internacionales, según el Departamento de Administración de Justicia del Consejo de Estado.

Si las partes lo desean, se privilegiará el secreto de la adopción. En cuanto al mantenimiento de los apellidos de origen o su sustitución por los apellidos de los adoptantes, quedará sometido al acuerdo de las partes y no imperativamente a una solución legal (art. 24).

El vínculo adoptivo es revocable una vez que acontezca la mayoría de edad del adoptado, y lo es también antes, si ha mediado un acuerdo entre los adoptantes y la persona que ha dejado al niño en adopción, pero de cualquier manera deberá escucharse al niño al respecto, si tiene más de 10 años de edad. La disolución del vínculo adoptivo deberá igualmente registrarse en el Departamento de Asuntos Civiles, y una vez registrada disuelve cualquier vínculo con la familia adoptante y se reestablecen los vínculos con la familia biológica, salvo que el adoptado sea mayor de edad, en cuya hipótesis, el caso deberá ser estudiado.

De todos modos, se mantiene la obligación de prestar alimentos a los expadres adoptantes carentes de recursos, salvo que la causal de disolución del vínculo se deba al maltrato de que era objeto el niño por aquellos. Si el maltratador era el menor, los expadres adoptantes podrán reclamarle "una compensación por los gastos de manutención y educación pagados durante el período de la adopción" (art. 30). Es posible, incluso, que los padres biológicos soliciten poner fin a la relación adoptiva, ante lo cual los expadres adoptantes tendrán derecho a las reclamaciones señaladas.

La ley cierra sus disposiciones penalizando el secuestro o tráfico de niños producido bajo el manto de una adopción, así como el abandono o la venta de un niño por parte de sus padres biológicos.

La adopción internacional también está regulada por la Reglamentación de 1 de mayo de 2007, donde impone criterios más flexibles. Las personas solteras no pueden adoptar, deben ser dos y casados con una antigüedad superior a los 2 años, con una edad entre 30 y 50 años, tener una educación superior o equivalente, tener un trabajo estable y un salario anual fijado por ley, un patrimonio, tener salud física (no tener adicciones o enfermedades como el Sida) y mental, no tener antecedentes penales (especialmente por abuso sexual o violencia doméstica) y no tener más de 5 hijos menores de 18 años. En el procedimiento interviene la Agencia China para las adopciones y el trámite puede llegar a demorar unos 4 años.

# El Derecho indio en materia minoridad

Ley sobre la minoridad. Antes de la independencia del país, se reconocían 6 formas de filiación legítima y 6 formas de adopción. Entre los niños extramatrimoniales, antes de la independencia se distinguían los nacidos de relaciones permanentes o de relaciones efímeras. Todo esto fue suprimido con el nuevo régimen de la minoridad y la tutela, implementado por ley No. 32 de 25 de agosto de 1956, donde se reconoció una sola filiación matrimonial, una sola extramatrimonial y una sola adoptiva. La ley india considera menor a los hindúes que no hayan cumplido los 18 años de edad. El tutor podrá ser designado por los padres o por el tribunal. La guarda del menor será ejercida por el padre y luego por la madre, si el niño es menor de 5 años por la madre, y también en el caso de que la madre sea soltera o el niño ha nacido de relaciones extramatrimoniales, y sólo luego por el padre.

El que tiene la guarda del menor deberá cuidar del menor y de sus bienes, y no podrá salvo permiso de la Corte del lugar de ubicación del bien inmueble, hipotecar o enajenar los bienes de este último. La venia sólo se obtendrá en caso de necesidad, o si redunda en una ventaja para el niño. La decisión negativa del tribunal será recurrible. Antes la mujer sólo podía adoptar si cumplía con la voluntad de su difunto marido, hoy puede hacerlo libremente. En todo caso se tendrá en consideración el interés superior del menor: "el bienestar del menor será la condición primordial (art. 13).

Ley hindú sobre adopción y sobre las obligaciones alimentarias.

La ley sobre adopción No. 78, de 21 de diciembre de 1956, resulta aplicable a los hindúes, jainas, sijs, budistas, ateos, agnósticos y otras religiones menos las cuatro excluidas: musulmanes, parsis, cristianos y judíos.

La adopción regulada es la de los menores de 18 años de edad. Cualquier hindú –hombre o mujer- mayor de edad y capaz, tiene capacidad para adoptar, pero si son casados deberá obtenerse el consentimiento del o de la cónyuge, y si el hombre tiene varias, el consentimiento de todas ellas. Deberán dar en adopción los padres de la criatura o su tutor, pero antes deberá obtenerse una declaración de que la adopción se concreta en atención al interés superior del menor. El niño deberá ser oído, si tiene las facultades necesarias como para entender el trámite que se está llevando a cabo. El tribunal competente es el del lugar de residencia del menor.

Para tener la calidad de adoptando es necesario: ser hindú, no haber sido adoptado anteriormente, que no se haya casado, salvo que la costumbre o el uso lo permita, y que no haya llegado a la edad de 15 años, salvo que la costumbre o el uso lo habilite.

El adoptante no debe tener hijos biológicos, debe haber 21 años de diferencia entre la edad del adoptando y la de los adoptantes. Si el varón adopta teniendo varias esposas, se considerará que la de mayor edad es la madre y las demás, madrastras. Si la adoptante es una mujer viuda o soltera, si se casa posteriormente a la adopción, su cónyuge se considerará padrastro del niño.

La adopción propiciada es la adopción plena, de acuerdo al art. 12 una vez consumada la adopción cesarán todos los vínculos del niño con la familia de origen y pasará a integrarse plenamente a su familia adoptante: el niño adoptado se considerará como hijo a todos los efectos. Quedan a salvo los impedimentos dirimentes al matrimonio. La adopción plena es irrevocable (art. 15).

En cuanto al Capítulo III regula las reclamaciones alimentarias. El art. 18 reconoce el derecho de la mujer a ser mantenida por su esposo durante toda su vida, y el derecho se mantiene aún cuando viva separada de

su marido cuando él es el culpable o hubo maltrato, si está enfermo de lepra, si convive con otra mujer, si ha dejado de ser hindú, o cualquier otra causa justificada. No tendrá derecho alguno la mujer que deje de ser hindú o cuando tenga una vida desarreglada. Un hindú tiene obligación durante toda su vida a mantener a sus hijos legítimos o ilegítimos menores de edad, y a los padres enfermos o ancianos; también a la hija casada, en la medida que no pueda mantenerse. La cuantía de los alimentos dependerá del criterio de la Corte, la que tendrá en consideración: la posición y el estado de las partes, los deseos razonables del solicitante, los ingresos y patrimonio del demandante y demandado, y el número de personas con derecho a alimentos. Toda pensión alimenticia podrá ser modificada de conformidad con las circunstancias.

# CAPÍTULO 8

# EL ADULTO MAYOR

## Sección 1
## El adulto mayor y el respeto a su dignidad

### Introducción

El adulto mayor es el último eslabón de la estructura familiar sobre el cual el Derecho ha puesto su atención con el objetivo de llevar a cabo una regulación tutelar. Históricamente, el análisis de su situación se ha visto precedida en primer lugar, por la lucha de las mujeres para acceder a un plano de igualdad con el hombre, que comenzó con fuerza a fines del s. XIX y se afirmó y expandió mundialmente a comienzos del s. XX. Luego la atención se focalizó sobre los derechos del niño y del adolescente durante el resto del siglo XX pasado. Y a fines del mismo se presenta vigorosamente, el interés por examinar la situación de los adultos mayores. ¿Por qué ese interés? ¿Su situación no es fácilmente asimilable a la regulación ya realizada sobre "el individuo" o "la persona"? ¿Se repetían en este caso las zonas grises, donde la opacidad y la irrelevancia obligaban a un tratamiento más personalizado o directo, como en el caso de las mujeres y de los niños y adolescentes? Esta pregunta debe responderse por la afirmativa: la situación del adulto mayor podía parangonarse con las dos categorías de personas anteriormente señaladas.

Y para ello, hay que volver un poco más profundamente hacia el pasado, durante la emergencia de la revolución industrial, que hizo trizas a la familia patriarcal, propia de las economías agrarias y del pequeño comercio. El patriarca, quien tenía señorío sobre personas y haciendas, quien ejercía un poder sobre la vida de los integrantes del grupo familiar -al punto de que aún llegados a la madurez, estos últimos tenían que solicitar autorización para contraer enlace- se vio despojado brutalmente de ese lugar de privilegio y fue obligado a trabajar en las fábricas, junto al resto de los integrantes de la familia, en situación de precariedad, mediante un salario mensual. Debió haber sido una situación muy amarga para todos los componentes del grupo, acostumbrados a la solidaridad, a patrones impuestos de arriba y mantenidos durante siglos, a una cobertura de protección de la cual fueron despojados abruptamente, pasando a vivir todos a cielo abierto. Entonces, pudo observarse que tal como ocurrió con las mujeres, y con los niños y adolescentes, el adulto mayor –más especialmente el anciano- también estaba ubicado en una situación de debilidad que obligaba a privilegiar la atención cuidadosa y esmerada del Estado, con el objetivo de protegerlo, de promocionarlo y de defender su dignidad. Sobre todo, porque en una sociedad capitalista, su presencia ya no era considerada importante, ante el hecho de que habiéndose retirado de la vida activa, ya no formaba parte del proceso productivo.

Decíamos en otra oportunidad,[155] que inconscientemente participamos del prejuicio de asimilar vejez con decrepitud, donde el propio legislador se ha visto atraído por el examen de las situaciones de incapacidad progresiva a la que el adulto mayor se ve sometido antes que privilegiar o contemplar equitativamente la posibilidad de promocionar la posibilidad de una vida todavía merecedora de ser vivida en toda su plenitud. Por tanto, y como decíamos, se impuso examinar cuáles eran los principales factores que jugaban y juegan en la construcción del lugar que ocupa la vejez en la cultura jurídica, especialmente ante

[155] Santos Belandro, Ruben. *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital.* Montevideo. 2007. p. 340.

el juego de dos fuerzas: por un lado, el deseo de respetar la igualdad entre los seres humanos, y por el otro, la necesidad de atender las diferencias relevantes que puedan existir entre ellos.

La situación del adulto mayor se está imponiendo por la propia importancia de la población que la compone: en todos los países su número crece en forma progresiva pero firme, incluso en los países en vías de desarrollo, al mejorarse la calidad de vida de la población. El s. XXI será un siglo con una población mundial centenaria realmente importante. Por tanto, el número representativo de esta franja de personas, justifica y explica la necesidad de un estudio sobre la ancianidad.

¿Qué significa ser viejo? ¿Coincide ser viejo con sentirse viejo? En absoluto, en realidad lo que los Estados intentan atender es a la persona "en proceso envejeciente", tal como es definido por la ley No. 352/98 de la República Dominicana, calificativo que nos está indicando que no se ingresa a esta categoría por decreto, igual para todos –tal como ocurre con la determinación de la mayoría de edad- sino que la situación puede variar de persona a persona, de acuerdo a su carga genética, a su estilo de vida, al medio laboral en el que ha participado, y a un cúmulo de factores exógenos –familiares o no- que pueden incidir ciertamente sobre ese *proceso* de envejecimiento. La mayoría de las legislaciones de los países del continente estipulan el ingreso a esa categoría etárea a los 60 años cumplidos de edad (Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Puerto Rico y Venezuela); en cambio, cuatro países se han inclinado por fijar la edad en 65 años (Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Uruguay).

Como hemos podido apreciar en páginas precedentes, en la hipótesis de los niños y adolescentes se maneja un concepto clave, que es el del "interés superior del menor", que permite acudir a él para resolver todos o la gran mayoría de los problemas que se les presentan. No obstante, en el caso de los adultos mayores no es este el concepto manejado; no se habla del "interés superior del adulto mayor" o del "interés del adulto mayor" a secas, sino de la dignidad del anciano.

Lo que ocurre es que las personas ubicadas en esta última categoría han pasado al retiro jubilatorio o pensionario, lo cual implica el apartamiento de las tareas cotidianas en las que se sentía útil, necesario y apreciado, ello trae como consecuencia la disminución de la autoestima. Para impedir ese efecto, los Estados han reconocido la posibilidad de que los jubilados y pensionistas puedan realizar trabajos de medio tiempo en determinadas áreas sociales, sin perder su jubilación o pensión. Además, el adulto mayor tiene toda una vida vivida detrás, una familia, un patrimonio, aparecen enfermedades crónicas y progresivas, es el momento del descanso pero también de la reflexión obligada acerca de cómo vivir esta última etapa del ciclo vital.

Las especificidades que genera esta etapa ha llevado a varios autores a considerar la eventualidad de crear una nueva rama dentro del Derecho de familia: la legislación sobre el adulto mayor. Ese Derecho parece estar formándose con una cierta rapidez, dado el aumento de la sensibilidad de los Estados hacia esta problemática, intentando mantener su estatuto o calidad de personas, e intentado neutralizar en la medida de lo posible cualquier clase de agresión física, sexual, psicológica o de explotación. Al igual que en la hipótesis de las mujeres y de los niños y adolescentes, su situación puede verse agravada por su bagaje étnico, cultural, por factores religiosos, etc.

Este aumento de la sensibilidad estatal ha provocado el ingreso a la normatividad de numerosos aspectos que atañen a este grupo etáreo. Si bien ello es beneficioso, quizás desde un punto de vista del Derecho comparado puede considerarse que le falte una cierta homogeneidad a nivel mundial, donde uno de los

factores influyentes puede ser la ubicación de la regulación en la jerarquía normativa: algunos países contienen normas referidas a los adultos mayores en la propia Constitución, otros en leyes especiales que intentan ser globales y orgánicas, a la par de exhaustivas; en cambio muchos aprueban leyes específicas para cada situación en la que se encuentran los ancianos, todo lo cual puede hacer perder la coherencia necesaria al cuerpo normativo. Además, contamos con un importante cuerpo reglamentario elaborado por organismos o instituciones especializadas en el adulto mayor o por otros organismos con funciones y cometidos más generales. Si bien la finalidad es la misma -la protección de las personas en proceso de envejecimiento- reina en el ámbito del Derecho comparado, una gran heterogeneidad.

La situación del adulto mayor se entronca y relaciona íntimamente con el reconocimiento y evolución que han experimentado los derechos fundamentales. La sola *Declaración Universal de los Derecho Humanos* fue considerada como una insuficiente protección de dichos derechos, por lo cual la ONU se vio en la necesidad de elaborar nuevos textos que abarcaran áreas específicas, y es así que se consagraron derechos humanos denominados de primera, de segunda, de tercera generación, etc. El 16 de diciembre de 1966 se aprobó el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que entró en vigor 10 años después; y también el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, también entrado en vigor en el transcurso del año 1976.

Dentro de los dos Pactos, la problemática que genera el anciano permite protegerlo con alguna comodidad, pero como toda declaración sobre los derechos humanos, su carácter tan general –algo abstracto y en cierto modo programático- no permite basarse exclusivamente en ellos como herramientas eficaces para resolver las variadas situaciones concretas. Es así que dicho organismo elaboró un *Plan de Acción Internacional* en Viena en el año 1982, donde se precisaron los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad. La repercusión de este Plan fue escasa, ante lo cual la ONU adoptó una *Declaración de Principios a favor de las personas de edad* el 16 de diciembre de 1991, donde se consagran 5 principios relacionados con la vejez: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. En el ámbito regional, son bien conocidos el Protocolo de San José de Costa Rica y el Protocolo Adicional de San Salvador, pero la temática específica fue tratada en la *Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas de integración para las personas con discapacidad en el área iberoamericana.*

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, por su propia vetustez desconocen la regulación o el tratamiento específico de este grupo de personas. Es en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado donde se ha aprobado un *Convenio sobre la protección internacional de los adultos,* el 13 de enero de 2000, que si bien regula la situación del adulto en general -en cuanto a la ley aplicable, a la jurisdicción competente, y al reconocimiento y ejecución internacional de las medidas adoptadas respecto de estas personas, así como a los trámites de cooperación internacional- se aproxima bastante a la situación especial en la que se encuentra el adulto mayor. Lo expresado demuestra la abundancia de disposiciones, la variedad de sus fuentes y los problemas que pueden presentare en cuanto a la jerarquía a darle a cada solución normativa.

## La dignidad del anciano

La dignidad del anciano ocupa un lugar preferencial en la regulación de las personas en proceso de envejecimiento y constituye el centro de donde partirá la futura normativa de Derecho internacional privado de la región. La dignidad no es algo que deba predicarse respecto y exclusivamente del anciano. Cuando se habla de dignidad se hace alusión a la de todo integrante de la especie humana. Por tanto el concepto es mucho más amplio, lo que sí ocurre es que se presenta de una manera más persistente o evidente, en la etapa de aquella persona que va llegando al final de su vida. El Derecho positivo ha tenido dificultad para plasmarlo, recién aparece luego de la segunda guerra mundial y se ha visto incorporado a la Convención de La Haya que hemos citado con anterioridad.

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fue el primer texto jurídico en prohibir que el ser humano pueda ser sometido a tratamientos inhumanos o degradantes, concepto que ha sido recibido por las normas nacionales de la región, e incluso ha tenido consagración constitucional. Pero luego se pudo apreciar que los conceptos que emanaban del Estatuto de Nuremberg eran demasiado estrechos, que la dignidad hace referencia a la indivisibilidad de la persona, la cual debe ser pensada tanto en su aspecto corporal como en el espiritual, y es así que se condenan tratamientos degradantes que humillen groseramente a un individuo frente a otro, que lo obliguen a actuar contra su voluntad o su conciencia, o que lo rebajen ante sus propios ojos o ante los ojos de los demás.

El concepto fue utilizado por primera vez ante la necesidad de defenderse del Estado y de los poderes públicos en general. El extraordinario poder de que goza el Estado moderno puede jugar tanto a favor como en contra de la dignidad humana, por lo cual apareció la obligación del Estado de respetar dicha dignidad. Se trataría, en primera instancia, de una obligación de abstención de la realización de cualquier acto que ataque la dignidad de los individuos, so pena de incurrir en responsabilidad. Pero simultáneamente se trataría también de una obligación de prestación, en cuanto se asume la obligación de organizar aquellas prestaciones necesarias para evitar situaciones que ataquen la dignidad humana.

Pero la dignidad no es sólo un derecho reconocido a los individuos ante los poderes públicos sino también, un deber que se impone a las personas privadas. Por el hecho de que el Estado promueva y defienda la dignidad de los hombres, los particulares no quedan exentos de reconocerle el derecho a la dignidad de los demás y la prohibición de atacar ese derecho.

Por último, no es posible sustentar el concepto de dignidad del hombre si éste no lo vive y experimente como parte consustancial de sí mismo. No basta que el Estado proteja a las personas en su dignidad, y tampoco que los demás se la respeten a un sujeto concreto si al final de cuentas, éste no la considera algo valioso, algo sin lo cual deja de ser humano. El hombre no es libre de atacarse, ni física y ni espiritualmente. Ello conduce que no es posible renunciar a este derecho en forma permanente, sino a título de excepción y dentro de límites muy estrictos.

La controversia se ha centrado en saber quién, cómo y dentro de qué límites debe ejercerse este concepto. Hoy los expertos se preguntan acerca de la posibilidad de todo anciano para decidir sobre su vida cuando en el futuro se encuentre ubicado en el límite de sus facultades físicas y mentales. ¿Puede gozar de una libertad absoluta par adoptar una decisión sobre sí mismo? ¿Encuentra alguna clase de límites? Dos conspicuos pensadores separados entre sí por tres siglos, han dado una respuesta radicalmente diferente.

Por un lado, Gian Pico della Mirandola (1643-1494) en su obra *De la dignidad humana*, y por el otro lado, Inmanuel Kant (1724-1804), en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.*

Para Pico la dignidad hace referencia a la libertad. Considera al hombre esencialmente libre, porque su naturaleza es indeterminada e indefinible, por tanto es a él a quien le corresponde determinar la medida de su libertad. El hombre "se hace" a sí mismo, se moldea para lo mejor o para lo peor, precisamente porque goza de esa libertad. El peligro de esta postura es que cada uno puede adjudicarse el derecho de definir lo que él entienda por dignidad sin preocuparse por examinar si con ello está perjudicando la dignidad de la especie.

Por su lado Kant, considera que la persona vale como tal, independientemente de cualquier condicionamiento social, histórico o nacional. La humanidad de cada uno es digna en sí misma, posee un valor intrínseco, goza de una dignidad que puede considerarse fundamental. Para respetarla debe actuarse del siguiente modo: tratar a la humanidad propia y a la ajena como un fin en sí mismo y no como un medio al servicio de un fin. El hombre es libre, pero bajo la condición de respetar su propia dignidad, no puede atacarla porque ella se encuentra más allá de su libertad. Esa libertad resulta connaturalmente limitada. Esta tesis tiene el inconveniente de que aprovechando el concepto, las autoridades estatales pueden llegar a imponer un comportamiento "tipo", un "orden moral", un modelo de conducta, que encierre excesivamente la libertad de los sujetos.

En lo personal creemos que no puede prescindirse de ambos enfoques, y para evitar la exclusión de cualquiera de ellos debemos organizar los conceptos de manera que puedan convivir armónicamente, y de esta manera, provocar la emergencia de la verdadera dimensión de la dignidad humana. Lo más prudente consiste en abstenerse de realizar sólo formulaciones demasiado abstractas y generales e inclinarse por examinar cada hipótesis particular, dando una solución adaptada a la misma.

La dignidad es sin duda un principio matriz, un principio fundador –creadora si se quiere- de una serie de garantías que derivan de él. Si bien se la concibe como un principio absoluto, su aplicación concreta adolece de una gran relatividad. La dignidad no está incluida en una norma de carácter prescriptivo directo sino que está dotada de contornos que están muy lejos de ser intangibles e inmutables. Comenzó por ser un derecho dirigido a determinadas categorías de personas –aquellas colocadas en situaciones límites o de debilidad: los presos, los enfermos terminales, los menores que sufren situaciones de abandono, etc., pero luego el concepto se fue expandiendo a tal punto, que se está corriendo el riesgo de que pierda su propia identidad. En este último sentido se habla del derecho a un alojamiento decoroso, a un sueldo "digno", a una educación "digna", a la protección al medio ambiente, etc.

La rama del Derecho donde se aprecia con mayor precisión la defensa de la dignidad del hombre es en el Derecho penal en tanto configura categorías punibles cuando se ataca la dignidad humana. Nuestro Código Penal se ha abstenido de realizar una referencia concreta a dicho concepto, tampoco lo hace la Constitución de la República, aun cuando –y de acuerdo al art. 72- puede quedar comprendida en forma residual en la medida que hace referencia a "la persona humana".

Como sucede habitualmente, la novedad de la consagración del concepto en el Derecho positivo es provocada por la influencia de textos convencionales internacionales. En la región resulta ineludible la referencia a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que reconoce tres conceptos claves relacionados con el tema: para los efectos de la Convención es

persona todo ser humano; toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; y toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

La Convención de La Haya sobre los adultos considera como uno de sus objetivos fundamentales, "la necesidad de brindar protección en situaciones internacionales, a adultos afectados en razón de su alteración o insuficiencia de sus facultades individuales", con la finalidad de proteger sus intereses. No cualquier anciano es allí protegido en su persona o en sus bienes, sino aquellos que han motivado el funcionamiento del derecho internacional privado, ya sea por haberse establecido en forma permanente o transitoria fuera del Estado de origen, o cuando el anciano es titular de un patrimonio disperso en varios países. Queda excluida por tanto, la situación personal o patrimonial puramente interna del anciano, que seguirá regulándose por el ordenamiento jurídico del país donde ella se plantee. Tampoco aquel anciano que si bien es generador de situaciones internacionales puede bastarse a sí mismo. El Derecho no busca encerrar a aquella persona que ha sobrepasado los 60 o 65 años de edad dentro de un sistema jurídico-normativo de naturaleza carcelaria, sino asistir únicamente a aquella persona que necesite del Derecho. Por ende, si el anciano es autoválido no tendrá necesidad de una regulación especial, y sus actos y contratos –su actuación en el ámbito internacional- podrá ubicarse dentro de la categoría de las personas mayores de edad.

En cuanto al método a utilizar para obtener una regulación adecuada de los intereses personales y patrimoniales del adulto mayor, con la finalidad de que se respete en todo momento su dignidad, la regla de conflicto clásica se encuentra huérfana por naturaleza, de percibir las situaciones concretas por las que atraviesan las personas mayores, por lo cual no debería ser utilizada de principio, sino únicamente en aquellas situaciones en las que no pueda recurrirse a un método más adecuado.

El método sustantivo aparece todavía muy lejos de obtener una aplicación generalizada. Se han formulado numerosos principios que se deducen de la dignidad del hombre, pero la mayoría de ellos aún se encuentran en vías de difusión y de aceptación; falta aún que se encarnen en la conciencia social y en la estructura estatal (normativa y judicial), con la finalidad de obtener una interpretación uniforme de los mismos.

La actuación de normas rigurosamente imperativas de los diferentes Estados involucrados en la relación privada internacional puede subvertir profundamente cualquier previsión internacional. Son numerosas las leyes de la región que establecen que su contenido participa de esa naturaleza.

El ideal sería aceptar la posibilidad de un sincretismo metodológico que permita combinar reglas de conflicto clásicas, con reglas de conflicto que funcionan a través del conteo y pesaje de los puntos de contacto, con reglas dotadas de una orientación material, con soluciones sustantivas directas y con normas de aplicación inmediata.

Dentro de los principios básicos referidos al anciano podemos traer a vía ilustrativa algunos de ellos: derecho a una vida independiente que fomente su autonomía e individualidad; derecho a que se respete su biografía personal, su peripecia vital, su pensamiento, conciencia y religión; que se tome en consideración de modo preferente sus intereses y bienestar; derecho a vivir en su propio hogar, si ello es posible y así lo desea; derecho a que se respete su voluntad de internarse o no en instituciones geriátricas, hospitalarias y a tratamientos médicos; derecho a una jubilación una vez que decida retirarse y, que obtenida la misma pueda seguir realizando tareas remuneradas de medio tiempo; derecho a que se asegure su desplazamiento

internacional; derecho a que se reconozca en el orden jurídico que la capacidad y la discapacidad admiten grados y pueden ser mutantes; derecho a ser informado sobre aquellas medidas que afecten sus intereses personales o patrimoniales aún cuando padezca un trastorno mental, siempre que se encuentre en un momento lúcido, y consecuentemente, derecho a ser oído; en la hipótesis de sufrir sanciones penales, la posibilidad de sufrir la condena en su propio domicilio; derecho a dejarse morir; etc.

## El anciano en India y China

La planificación familiar. India y China conforman el 40% de la población mundial, ocupando únicamente el 10% de las tierras existentes.[156] Hay 1 chino por cada 5 personas, y 4 chinos e indios por cada 10. Son cifras que contribuyen a dar una idea de la inevitabilidad de examinar estas culturas, que a la par de detentar un enorme desarrollo económico, tienen una importancia demográfica. Más acá o más allá resulta ineludible entrar en contacto con ellas sobre cualquiera de los planos que se examine la cuestión, pero en particular el económico, obliga a mantener vinculaciones comerciales con nuestro país debido a la voracidad que tienen de materias primas. Geográficamente, China se divide en dos mitades, la del Este desértica y montañosa, poco poblada; y la del oeste que da hacia la costa y es la zona de los grandes ríos donde se concentra la mayor parte de su población; la parte oriental multiétnica y multicultural, en cambio la occidental está poblada por una raza dotada de una sola lengua. India, en cambio, tiene su población repartida de una manera más uniforme sobre todo su territorio, multiétnica y con una extraordinaria diversidad religiosa y cultural. Hay 29 ciudades que superan el millón de habitantes en China, y 36 en India. Bombay cuenta con 18 millones de habitantes, la tercera ciudad más poblada del mundo.

¿Resulta beneficioso para un país contar con una población tan numerosa y con una tasa de crecimiento que sigue un ritmo tan intenso? El problema reside en cómo mantener con los recursos naturales propios a tanta gente, y como evitar que esta última eleve la contaminación ambiental –acelerada por la urbanización también veloz- a grados que destruya un *habitat* sano, por ejemplo les faltará agua dulce, por el agotamiento de las napas freáticas. La respuesta de estos dos países ha sido la de controlar el aumento de población, pero lo han hecho de una manera diferente, debido a un elemento político que no debe pasar desapercibido: India es una democracia –como hemos dicho, la más poblada del mundo- y China es un país centralizado, gobernado por un partido único: el Partido Comunista.[157]

En virtud de este dato político, India ha intentado reducir la natalidad a través de la propaganda (“dos niños, no más”) y las incitaciones a recurrir a determinadas prácticas médicas como la esterilización quirúrgica masculina, la contracepción, el aborto, etc. En consecuencia, la población es libre de adoptar o no, lo sugerido. Tiene como contratara, que quienes siguen los consejos estatales son las clases más instruidas, no las más pobres. China también ha apoyado un sistema de planificación familiar, pero lo ha hecho mediante una forma autoritaria (“el hijo único”). Y no sólo lo hace mediante la propaganda sino también presionando socialmente: un sistema de protección y asistencia más favorable a aquellas familias que tienen un hijo único; prohibición de nacimientos fuera del matrimonio, de lo contrario hay que

[156] Martineau, Jean-Valéry. *Population et developpement en Chine et Union Indienne.* www.histoire-geo-org

[157] En tanto que en India el crecimiento de la población se mantiene en forma regular, en cifras que en las próximas décadas sobrepasarán a la población china, en la República Popular ha habido una política de vaivén, Mao Zedong apoyaba la liberalización en el crecimiento en tanto que Den Xiaoping ha sido partidario de un control estricto.

abortar; subiendo la edad para casarse: 25 años para los hombres y 23 años para las mujeres; son las unidades de trabajo las que planifican el número de nacimientos (Mao había instaurado un sistema del individuo adscrito a la unidad de trabajo, "de la cuna a la tumba" y era partidario de no controlar los nacimientos); y hay ciertos castigos financieros para las familias numerosas. Además, el Código Penal de China, en el art. 261 castiga con pena de prisión de hasta 5 años, a quienes abandonen a sus padres, pero es evidente que la estructura social hace imposible cumplir con el deseo de los gobernantes.

A pesar de que a primera vista no lo parezca, la planificación familiar –sobre todo la china- provoca un desbalance muy fuerte entre la población anciana, que aumenta rápidamente debido a mayores cuidados en salud, mejor alimentación (la esperanza de vida aumentó entre los año 1949 y 2000 en más de 30 años, pasando de 40 años a 71), y la población joven cada vez más reducida, la cual se encuentra ante una situación angustiosa en tanto se encuentra en la imposibilidad de cumplir con la piedad filial –en la que el confucianismo ha incidido notablemente- con ingresos monetarios limitados. La proporción 4-2-1, es imposible de sostener para un joven chino (4 abuelos, 2 padres y 1 hijo, sin perjuicio de que con el alargamiento de la vida, también deba asistir a algún bisabuelo), sin perjuicio de constatar que los hijos únicos se crían de una manera más egoísta, sobreprotegidos ("pequeños emperadores"), y la tradición comienza a pesar cada vez menos en sus conductas.[158] La economía de mercado al fomentar el individualismo ha agravado la situación. Por tanto, la solución tendrá que venir del gobierno central, el cual deberá implementar un sistema de retiros jubilatorios y pensionarios para todo el país, algo que hoy no existe. De problema privado, el tema de la ancianidad se ha convertido obligadamente en una cuestión pública. Al Estado chino le espera un porvenir bastante negro en ese aspecto: construcción de hospitales, casas de salud o retiro, gastos médicos, etc.

Tanto en India como en China hay mayor cantidad de nacimientos de hombres que de mujeres. La práctica de la ecografía ha permitido profundizar este proceso. Estamos hablando de una cifra estimada de 30 a 40 millones de hombres más que las mujeres. El origen de este desbalance es precisamente el hecho de que se confía más en los hombres en el sostén de los padres para el momento en que envejezcan, que en las mujeres. Por ese motivo aumentan los abortos y los infanticidios femeninos. Martineau pronostica un aumento de la violencia en ambos países, en tanto los hombres lucharán por una mujer en su medio, mucho más fuertemente, perdiendo en esa confrontación los más débiles que son los pobres, y en caso de fracasar se generará fuertemente la emigración de los solteros a otras regiones del país. Sin perjuicio de la práctica de ciertas figuras criminales, como la sustracción de niñas y adolescentes con la finalidad de formar pareja cuando lleguen a la edad núbil, la trata de blancas, etc. Se ha afirmado que China será un país envejecido antes que llegue a ser un país rico.[159]

## La situación del anciano en el mundo musulmán

Los problemas vinculados con el envejecimiento de la población afectan a todo el mundo, tanto a los países desarrollados como a los países en vías de desarrollo. Mayor educación, mayor cuidado de la salud y de la alimentación han sido los factores principales que han contribuido a que los seres humanos vivan más años. En la sociedad musulmana el anciano es una figura muy respetada, transmiten la tradición al

[158] Nanzhi, Wei. *Le système de protection sociale des personnes âgées en Chine.* La vie des idées. Fr. 9 septembre 2010.

[159] Lernoud, Frédéric. *China, lendemains de croissance.* 27 de octubre de 2008.

cuidar de los nietos y contarles historias del pasado. Se los consideran que tienen experiencia y sabiduría y se recurre a ellos para obtener una conciliación entre intereses familiares contrapuestos. Arreglan los matrimonios y comparten una parte del poder dentro del clan familiar. Este mundo está a punto de quebrarse, al pasar los jóvenes a vivir fuera de la casa de sus padres y quebrarse la cohabitación intergeneracional. En tal caso, el Estado no siempre recurre en auxilio de los ancianos, los que ven en ocasiones su situación económica comprometida.

## Sección 2
## Las Directivas sobre la propia incapacidad y el consentimiento informado

### I. Tres casos de la vida real

Parece oportuno plantear desde el inicio tres casos de la vida real -ampliamente conocidos por todos- como modo de ubicarnos mejor dentro del tema a examinar.

Primer caso. Italia. Eluana Englaro había nacido el 25 de noviembre de 1970 y al sufrir un accidente de tráfico a los 17 años de edad quedó en estado vegetativo de carácter irreversible. Su padre, Beppino Englaro, solicitó infructuosamente durante 11 años a las autoridades judiciales, la suspensión de suministrarle alimentos con la finalidad de dejarla morir, basado en el argumento de que –según él- ante un accidente de un joven que había quedado en la misma situación, Eluana le había manifestado que en esas condiciones ella no desearía seguir viviendo. Manifestación verbal entonces, realizada únicamente a su padre. La demanda fue rechazada en varias oportunidades hasta que al final, ésta fue concedida durante el mes de enero de 2009 y, en cumplimiento de la sentencia se procedió a suspenderle la nutrición que la mantenía con vida (alimentación e hidratación), falleciendo el 9 de febrero de 2009 a los 38 años de edad.

Su situación generó profundas polémicas en Italia, a favor y en contra de la medida. Su padre calificó la situación de su hija de tortura inhumana, acompañado por un sector de la opinión pública que consideraba que “no podía haber dignidad sin sentimientos, y tampoco libertad al estar obligadamente atada a una máquina, con una intimidad violada y una voluntad secuestrada”. La situación en la que estaba inmersa la condenaba a vivir artificialmente hasta el infinito. [1]

Otro sector, opuesto al primero, advirtió la falta de certeza de la manifestación de voluntad de Eluana, además de que la medida judicial estaba directamente dirigida a privarle del derecho fundamental a comer y a beber, elementos esenciales de la asistencia humana. Se consideró que era inhumano hacer morir a una persona mediante el ayuno y la sed. Se afirmó que un enfermo vegetativo no es un enfermo en coma ni un enfermo terminal sino un discapacitado grave, con cuidados especiales. Varios neurólogos consideraron que era absurdo hablar de irreversibilidad en cuanto hubo casos -aunque raros- de recuperación parcial.

Segundo caso. España. Ramón Sampedro había nacido en Galicia, en La Coruña, en el año 1943. Recorrió el mundo como marinero y a los 26 años de edad sufrió un accidente en la playa que lo dejó cuadripléjico, paralizado del cuello hacia abajo, postrado en una cama, ya que se negó a utilizar la silla de ruedas. Su vida transcurrió durante 29 años escuchando música, leyendo y escribiendo, al cuidado de su familia y hermano, esperando que el Estado autorizara sin éxito la posibilidad de suicidarse, al considerar

que su vida como tetrapléjico era indigna. Su experiencia dio motivo a una película denominada “Mar Abierto”, protagonizada por Javier Bardem. Dos mujeres tuvieron una intensa relación con él: una abogada y enferma terminal que apoyó su decisión de eliminarse, y otra, una vecina, maltratada por su pareja, que le hacía notar que la vida vale la pena ser vivida.

En 1998, luego que los tribunales rechazaran la eutanasia -la actitud activa de terminar con su vida- preparó un sofisticado plan con el auxilio de amigos y familiares, con la finalidad de que éstos no fueran inculpados, falleciendo finalmente a los 55 años de edad. La polémica en España fue igual de intensa que en Italia, sosteniéndose que “la película defendía el concepto de una libertad en cuanto autonomía personal sin límites morales o legales, sólo controlada por la propia conciencia”.

Tercer caso. Inglaterra. Stephen Hawking nació en Inglaterra el 8 de enero de 1942. A los 20 años de edad comenzó a sentirse torpe y débil y al año siguiente se realizó una serie de exámenes inmediatamente antes del matrimonio que había proyectado, en base a los cuales los médicos le diagnosticaron una enfermedad neuronal motora: esclerosis lateral amiotrófica o enfermedad de Lou Gerhig. El pronóstico médico fue que no viviría lo suficiente para doctorarse, no más de dos o tres años, límite normal de la enfermedad. Sin embargo, el vaticinio no se cumplió y aún vive con 67 años de edad.

Como lo ha manifestado en varias oportunidades, para su propia sorpresa descubrió que estaba disfrutando de la vida a pesar del deterioro progresivo de su salud, al punto que en 1985 se le realizó una traqueotomía aplicándosele un sistema informático que le permitió tener una voz electrónica, y a pesar de que sus miembros fueron paulatinamente inmovilizándose y su cuello perdió fuerza para sostener su cabeza. Él mismo maneja su silla de ruedas, con leves movimientos de su cabeza y de sus ojos.

Como todos sabemos se trata de un físico y cosmólogo de reputación mundial además de un divulgador científico. Parte de sus trabajos se centraron en el examen de la teoría general de la relatividad, aplicándola al estudio de los agujeros negros.

Como puede percibirse, se trata de tres casos bien distintos. El primero atañe a una enferma en estado de inconsciencia, el segundo a un paciente lúcido no conforme con sus condiciones físicas de vida, y el tercero, el de una persona que casi con los mismos padecimientos del último citado, prefiere sacarle el máximo provecho a la vida y lo logra a pesar de la creciente adversidad a que se ve sometido.

## II. Las declaraciones de voluntad anticipada

Algo análogo se produce al examinar el tema de las declaraciones de voluntad anticipada, también denominadas declaraciones sobre la propia incapacidad, o testamentos vitales. La única definición correcta es la primera. No lo la segunda en cuanto sugiere un enfermo incapacitado o inconsciente, situaciones que no siempre se dan Tampoco le cabe la calificación de testamento vital, por cuanto si bien en ambos instrumentos se dispone de algo –sobre la calidad de la vida o sobre la herencia- el testamento es un acto jurídico por medio del cual una persona generalmente dispone de su patrimonio y decide sobre determinadas situaciones personales, pero para *después* de su muerte.

En tanto que la declaración de voluntad anticipada, en un sentido estricto, está destinada a regular *la calidad de vida* del propio sujeto cuando éste cae en un estado que, por lo general, lo imposibilita decidir por sí mismo.

La creación de estas voluntades anticipadas le correspondió a un abogado de Chicago -Louis Kutner- quien en 1967 –o sea hace unos 40 años- ideó un documento para que cualquier persona pudiera plasmar por escrito, su voluntad de rechazar la aplicación de cualquier tratamiento en un supuesto de enfermad terminal, intentando evitar el llamado encarnizamiento terapéutico.

Es bueno insistir que la persona no ordena a través de la declaración de voluntad anticipada que la maten sino que la dejen morir, que permitan la actuación de la naturaleza sobre su cuerpo cansado, con los cuidados mínimos indispensables como ya veremos. O a la inversa, que se extremen los cuidados y los conocimientos científicos para mantenerla con vida durante el mayor tiempo posible, que también puede suceder aunque son los menos. ¿Pero específicamente qué puede comprender? Los motivos que pueden conducir a la celebración de una declaración de voluntad anticipada son muy variados, y del examen del Derecho Comparado puede observarse que:

- la mencionada declaración puede contener las pautas a seguir, para el caso de que una persona caiga en un estado de disminución o de incapacidad física o intelectual;

- normas sobre la administración y enajenación del patrimonio del otorgante, durante el período de su incapacidad física o mental;

- el nombramiento de apoderados;

- la auto designación de un curador;

- la negativa o la aceptación a que sea internada en un centro geriátrico o en un centro hospitalario;

- el deseo de morir en su propia casa;

- la disposición de su propio cuerpo una vez que haya muerto, para ser incinerado o para ser entregado a estudios científicos;

- la donación de sus órganos.

Calificación de la declaración de voluntad anticipada. Sin duda resulta algo complicado ubicar este acto jurídico dentro de las categorías existentes en el Derecho Positivo. Habiéndose rechazado la calidad de testamento en su sentido específico, tampoco cabría ubicarlo bajo la figura del mandato, en cuanto el art. 2086 del Código Civil establece específicamente en el numeral 7 que

> *el mandato se acaba (…) por la incapacidad sobreviviente del uno o del otro (mandante o mandatario).*

Más bien pensamos que se trata de un poder de representación *sui generis*, donde se le hace un encargo a un tercero, para que actúe en determinadas circunstancias sobre el cuerpo del poderdante, bajo determinados parámetros establecidos por el propio otorgante. La ley 18.473 corrobora esta afirmación, pues en el art. 6 menciona la necesidad de designar un representante. Obviamente se trata de un acto jurídico unilateral, autorizativo, revocable y formal.

## III. Normas sobre la eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada

¿Qué ocurrirá para el caso de que una persona haya otorgado una declaración de voluntad anticipada en el extranjero y se vea afectada por una situación crítica de su salud en Uruguay? Las normas internacionales son escasas, debido principalmente a lo novedoso del tema, en especial respecto de la eficacia internacional de los documentos otorgados con tal finalidad.

Sin embargo, hay que pensar rápidamente en soluciones legales porque las personas hoy día tienen una capacidad de movilización internacional como nunca la han tenido en el pasado, incluso los adultos mayores.

Debemos recordar además, que más de medio millón de uruguayos se encuentran radicados en el exterior.

Y no olvidar tampoco, que cada vez más los adultos que han vivido toda su vida laboral en países altamente desarrollados y de clima extremadamente frío, desean pasar sus últimos días en países de clima agradable, poblado por gente amable y con niveles de seguridad aceptables. Miles de adultos mayores provenientes de Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca y norte de Alemania, se trasladan anualmente a vivir a la costa malagueña de España. Ocurre algo parecido con los japoneses, donde es el propio gobierno el que favorece esta clase de traslados internacionales permanentes.

También puede darse la situación de un turista que sufre un accidente o padece una patología fulminante en Uruguay, que imposibilite su traslado al Estado de su residencia habitual. En tal caso ¿qué eficacia internacional tiene la declaración de voluntad anticipada otorgada en su país de origen?

Hay ahí entonces, un campo inmejorable para el otorgamiento de estas disposiciones, lo que engendra el problema de la ley aplicable a estos documentos y de su eficacia internacional.

El derecho positivo de Uruguay. Nuestro país aún no ha contemplado en su derecho internacional privado la categoría “declaraciones de voluntad anticipada”, no obstante lo cual es posible incluir dicha manifestación de voluntad dentro del rubro “actos jurídicos”. Todas las normas que regulan los actos jurídicos –Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 (arts. 32 a 34) y de 1940 (arts. 36 a 38), así como el art. 2399 C.C. que remite a los arts. 34 a 38 del primer Tratado mencionado- aceptan la misma solución:

> *Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento (…).*

En las hipótesis señaladas las declaraciones de voluntad anticipada otorgadas en Argentina y Paraguay, o en Bolivia, Colombia y Perú –a las se les aplican los Tratados de Montevideo- o en el resto de los países del mundo -bajo las disposiciones del Código Civil- quedarán sometidas a la ley uruguaya -o sea a la ley No. 18.473- si el declarante se encuentra en nuestro país, en cuanto “a su existencia, naturaleza, validez y efectos” de estas declaraciones.

Por tanto, aquellas declaraciones otorgadas en el extranjero y ajustadas a la ley uruguaya gozarán de eficacia extraterritorial en nuestro país, sin que pueda oponérsele por ese solo motivo la excepción de orden público internacional. Sólo cabría su interposición en aquellas oportunidades donde el consentimiento no hubiera sido emitido libremente.

Y, para el caso de que las declaraciones fueren más amplias, en tanto consignaren la auto designación de un curador; o cómo conducirse respecto del patrimonio del declarante (en cuanto a la disposición y administración de los bienes); o qué hacer son sus órganos cuando muera; estas declaraciones quedarán fuera del campo de aplicación de la ley, no son inválidas, pero deberán ajustarse a las soluciones que genere cada categoría.

Es posible que la declaración de voluntad anticipada pueda estar contenida en un testamento solemne abierto. Pero no en un testamento solemne cerrado, por cuanto sería imposible conocer su voluntad dado que es cerrado, y que además sólo se abre luego de la muerte del testador. Por tanto, a pesar de la existencia en un mismo documento de varias expresiones de voluntad, no dejan de ser actos totalmente diferentes, regulados por disposiciones normativas particulares a cada uno.

El notariado se ha preocupado por el análisis jurídico de estas declaraciones. Lo hicieron en primer lugar los jóvenes, en la *IX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur* de 2007 realizada en Punta del Este y luego fueron analizadas en la *XIII Jornada Notarial Iberoamericana* de 2008 en Asunción; sin perjuicio de otras monografías individuales y libros especializados, todos sumamente valiosos.

Además, cabe consignar que, de conformidad con la ley No. 15.441 (art.1), al documento otorgado en el extranjero que consigne la declaración de voluntad anticipada y que quiera hacerse valer en nuestro país, se le aplicarán las normas sobre legalización, si viene otorgado en documento público o contiene una certificación notarial de firmas. Los documentos enteramente privados no se legalizan, por cuanto el objetivo de la legalización es determinar que el documento es autorizado por una autoridad competente y que ésta ha actuado, a dicho momento, en el ejercicio de sus funciones.-

Igualmente -cuando correspondiere- y de acuerdo al art. 6 de la ley citada, los documentos “deberán ser traducidos por traductor público nacional”.

La situación en la Unión Europea. El Consejo de Europa y la Unión Europea han realizado esfuerzos para obtener una regulación legal de la mencionada figura jurídica a través de dos Recomendaciones: la *Recomendación No. R (99) del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapaces* y la *Recomendación 1418 (1999) sobre protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos incurables y de los moribundos.*-

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Pero el organismo que ha avanzado más en el tratamiento de este tema es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que el 13 de enero del año 2000 aprobó el *Convenio de La Haya sobre la protección internacional de los adultos,* el cual regula en el art. 15 la disposición sobre la propia incapacidad.-

No profundizaremos en el estudio de estas soluciones porque lo que a nosotros nos interesa es analizar la incidencia de la ley uruguaya recientemente aprobada y su repercusión sobre las declaraciones de voluntad anticipada provenientes del exterior.

## IV. Ley no. 18.473 de 17 de marzo de 2009

Ámbito material de la ley. La ley No. 18.473 del 17 de marzo de 2009, es una ley muy nueva y además, una ley muy breve, por cuanto consta de 11 artículos, siendo el producto muy mejorado de proyectos individuales anteriores de los legisladores Washington Abdala y Luis José Gallo, que luego fueron consolidados en un proyecto común.

Cabe dejar claramente expresado que la mencionada ley traza un ámbito de reconocimiento de las declaraciones de voluntad anticipada mucho más estricto que el que ofrece el Derecho Comparado, ya que de acuerdo al art. 1 inc. 2, sólo encontrarán la protección de la ley, aquellas voluntades que busquen:

*oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible,* por lo cual, el ámbito material de la ley se ciñe exclusivamente al ámbito de la salud. La ley No. 18.473 regula únicamente determinadas y específicas situaciones que carecen de contenido patrimonial.

### 1ª. Posibilidad: derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos

Respecto de su contenido, se percibe que la ley atiende a una doble situación. El primer inciso del art. 1 reconoce el derecho de *toda persona* a *oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos.*

Un ejemplo sería el de un paciente -quien debidamente informado por su médico tratante de la enfermedad que padece, del tratamiento que le ofrece y de las perspectivas de curación- puede optar entre dar su consentimiento o, por el contrario, de gozar de la libertad de negarse a ello. Por ejemplo cuando el médico le diagnostica al paciente una catarata en la vista sugiriéndole la conveniencia de operarse y éste se niega a cualquier intervención quirúrgica, o el caso de un diabético al que se le sugiere la amputación de su pierna ante la enfermedad que avanza.

Cuando una persona rehúsa someterse a un tratamiento o a una intervención, el médico debe respetar esta decisión y no puede contradecirlo. No está autorizado a recurrir a otro procedimiento sin haber obtenido el consentimiento previo del enfermo. El centro del problema es el paciente es, no el médico. Hay que dejar bien claro que la negativa del paciente le quita legitimidad a cualquier acto médico; y esto se encuentra reafirmado precisamente, en el inciso 1 del art. 1 que hemos citado.

La única limitación legal respecto de la negativa, se produce cuando la patología que padece "afecte o pueda afectar a terceros". Un ejemplo lo podemos encontrar cuando, ante una epidemia controlable únicamente mediante vacunación, la persona se niega a hacerlo, comprometiendo con su actitud la salud del resto de la población.-

### 2ª. Posibilidad: voluntad para decidir sobre su incapacidad futura

El otro aspecto que atiende la ley No. 18.473 refiere específicamente a la voluntad anticipada de una persona para decidir sobre su situación ante una enfermedad terminal. Este último aspecto se encuentra legislado en el inciso 2 del art. 1, que dice así:

> *Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible.*

De la mencionada disposición pueden extraerse ciertas pautas: se trata de la celebración de un acto jurídico realizado cuando la persona "en forma voluntaria, consciente y libre" decide *con anticipación* cómo deberá actuarse ante una enfermedad grave que la deje en una situación de imposibilidad de atender su persona, principalmente haciendo valer el deseo de evitar un ensañamiento.

¿Cuándo se produce el ensañamiento? El ensañamiento se produce cuando se prolonga artificialmente la vida del paciente por medio de tecnologías y tratamientos *desproporcionados* o *extraordinarios*, atrasándose *en forma abusiva e irracional* el proceso de la muerte, que de todos modos va a llevar irremediablemente. El deseo de evitar el encarnizamiento, ensañamiento o empecinamiento terapéutico –que también se denomina así- implica atender únicamente el sufrimiento del enfermo, aún cuando los medicamentos a utilizar con tal fin, puedan acortarle la vida.

Esa declaración de voluntad puede permanecer en estado de latencia durante un tiempo indefinido, pues puede acontecer que la circunstancia prevista para su aplicabilidad nunca se produzca. Además, la lucidez del paciente durante el transcurso de la enfermedad no puede constituirse en un impedimento para hacer efectiva la declaración de voluntad anticipada, simplemente significará que el paciente corrobora o confirma lo expresado bajo otras circunstancias, quizás más cómodas y tranquilas.

Se protege por tanto, el derecho de vivir y a morir dignamente; el derecho a proteger su propia intimidad; en suma el respeto a la autonomía de la voluntad del sujeto declarante. En base a lo expresado, ya podemos decir que si Eluana hubiera estado internada en Uruguay, la solución dada por la Justicia italiana hubiera sido inadmisible entre nosotros por tres razones:

- la primera, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico impone el requisito del soporte escrito para manifestar la voluntad anticipada, algo que Eluana no hizo;

- en segundo término, porque la joven no se encontraba en una situación terminal sino sólo en estado vegetativo;

- además, porque el cuerpo médico especializado en neurología no era unánime en cuanto a diagnosticar con total certeza que Eluana no podía reestablecerse en el futuro, aunque más no fuera parcialmente. Destacados neurólogos habían hecho notar casos de enfermos comatosos, que luego de muchísimos años pasaron al estado de conciencia.

La imposibilidad de obtener una opinión médica unánime y concluyente quedó demostrada en el caso de Stephen Hawking, quien a pesar de los pronósticos médicos ha tenido una larga vida de 69 años. Debemos recordar siempre, que la medicina es un arte, y que por tanto, no puede proporcionar pronósticos infalibles;

- además algo muy importante a señalar: el sufriente a considerar es el enfermo, no la familia. Lo que se debe proteger es la intimidad de la persona afectada por la enfermedad. Ello quiere decir que *ningún tercero puede actuar de acuerdo a sus propios criterios éticos, filosóficos o religiosos y aplicarlos al enfermo*: ni los familiares; ni el Escribano actuante –en caso de optarse por una documentación notarial

de voluntad anticipada-; ni el personal médico –comprendiendo médicos, enfermeros y acompañantes pagos- pueden sustituir los criterios, valores y principios del enfermo.

Puede acontecer que el paciente desee morir en paz evitando todo tipo de ensañamiento ante la constatación de que su estado de morbilidad es irreversible, y sus familiares, por el contrario –generalmente por creencias religiosas o metafísicas- deseen extenderle la vida lo más posible aún a costa de grandes sufrimientos. Esta situación no es aceptable y debe ser rechazada.

Los criterios y conductas que deben imperar *en todo momento*, son aquellos que el paciente asumió y defendió en estado de normalidad. Y ello debe ser así, aún cuando la autorización le haya dejado un margen de libertad muy extenso al apoderado. En síntesis, las decisiones *siempre* habrán de tomarse de acuerdo a los principios y a la forma de pensar sustentados por el declarante;

- para arribar a una decisión médica, tampoco corresponde analizar los gastos que pueden incurrirse en el tratamiento de la enfermedad. No es casualidad que las declaraciones de voluntad anticipadas hayan tenido su origen en los E. U. de A., un país donde más de la mitad de su población carece de seguro médico y donde el tratamiento de las enfermedades insume generalmente sumas cuantiosas que pueden conducir a la ruina de las familias. En estos casos el enfermo corta por lo sano, autoinmolándose mediante el otorgamiento de estas declaraciones, ante circunstancias económicas insuperables, para no perjudicar más a su propio grupo familiar.

Condiciones para la aplicación de la ley. La circunstancia que hace aplicable la ley y que generará la protección de la misma, está constituida por la presencia de una "patología terminal, incurable e irreversible". Examinemos los términos utilizados por el legislador:

- *terminal:* es una patología que conduce o lleva inexorablemente al fin de la vida en un plazo relativamente breve; la legislación holandesa considera que enfermo terminal es aquel que tiene un pronóstico de supervivencia inferior a 6 meses, y también aquel que no responde a ningún tratamiento curativo.

- *incurable:* lo será en la medida que la patología que padece la persona, sea imposible de sanar de acuerdo a los conocimientos o a los adelantos tecnológicos con que cuenta el personal médico a dicho momento; e

- *irreversible:* significa que sólo es posible un desenlace concreto: la muerte del sujeto; se trata entonces, de un pronóstico sin esperanza alguna.

Observamos en consecuencia, que de acuerdo a la ley No. 18.473 el campo de actuación de estas declaraciones resulta muy acotado, en tanto se hace necesaria: 1) la existencia de una patología, 2) la proximidad de la muerte y 3) la necesidad de evitar el encarnizamiento o ensañamiento sobre el paciente enfermo, no interesando si este último se encuentra lúcido o no.

Puede generar dudas si la norma legal mencionada puede aplicarse a una persona, que habiendo sufrido un accidente automovilístico que lo dejó cuadripléjico, con la única posibilidad de abrir y cerrar los ojos, debido a lo cual ha quedado sometido a alimentación por medios externos, pero que permanece mentalmente lúcida. Es el caso de Ramón Sampedro que hemos mencionado. ¿Su circunstancia de vida es

ubicable dentro del concepto de “patología” utilizado por la norma legal? Si hubiera estado viviendo acá llegaríamos a la constatación de que su situación es irreversible y además que es incurable, pero no necesariamente terminal, por cuanto podía vivir muchos años, como realmente ocurrió.

Sin embargo, examinando su condición de acuerdo a los parámetros de la ley No. 18.473 podemos apreciar que ley le ha dejado una puerta abierta a los Ramón Sampedro, pero dentro del primer principio consagrado en el art. 1, ya que la mencionada disposición reconoce el derecho de toda persona a “oponerse a la aplicación de tratamientos o procedimientos médicos”. O sea que lo único que podía hacer era rechazar todo tipo de alimentación para morir por inanición, algo por lo que Sampedro no optó.

## Personas facultadas para otorgar las declaraciones de voluntad anticipada

Pasando a otro punto: ¿qué personas se encuentran facultadas para otorgar una declaración de voluntad anticipada? Sólo pueden serlo las personas mayores de edad plenamente capaces.

La manifestación de voluntad debe ser dada entonces, por el propio interesado, si tiene 18 años o más de edad, y deberá hacerlo en forma “voluntaria, consciente y libre”; por tanto, habrá de darse en conceptos inequívocos. Además esta declaración de voluntad deberá interpretarse al momento de su aplicación siempre con un sentido restrictivo. Y para el caso de duda, deberá estarse siempre a favor del mantenimiento de la vida humana, aplicándose el principio *in dubio pro vita*.

Objeto de la declaración de voluntad anticipada. La ley No. 18.473 explicita muy claramente su objeto: su finalidad es la de *oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma* pero para el único caso de encontrarse la persona *enferma de una patología terminal, incurable e irreversible*.

La ley habla de “patología”, que de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española de la Lengua alude a enfermedades. Puede presentarse la duda en caso de lesiones que conduzcan a la misma situación. Para nosotros debe utilizarse un concepto amplio y comprensivo de los dos, siempre y cuando las condicionantes y *el final* –tanto de un enfermo como de un accidentado- sean equivalentes, que no fue el caso de Sampedro.

El momento para efectuar dicha declaración puede ser cuando el declarante se encontraba en perfecto estado de salud o, cuando se encuentre ante el diagnóstico de una enfermedad, tal como la cataloga la ley No. 18.473.

La plasmación de esa voluntad en un escrito habrá de ser un verdadero arte, en cuanto deberá cuidarse tanto de una redacción demasiado amplia y vaga, como de una demasiado rígida o estricta. Debería evitarse caer en la simple frase “no deseo que se me apliquen tratamientos inútiles que sólo sirvan para retrasar la muerte”, pero también aquella que exprese que “excluye tal tratamiento” sin más, por considerárselo como inútil al momento del otorgamiento, aun cuando años más tarde se demuestre que puede ser de provecho para la recuperación de la salud del paciente. Por tanto, deberán rechazarse expresiones demasiado tajantes, siendo conveniente dejar siempre una puerta abierta para la adecuación de la medida a la realidad del momento. Por lo cual conviene utilizar expresiones tales como que “se excluirá tal tratamiento si no conduce a mi curación al momento de su aplicación”.

En resumen, los propósitos de una disposición legal que protege manifestaciones de voluntad de esta naturaleza persiguen:

- por un lado, expandir la voluntad del sujeto;

- por el otro, que se mantengan los parámetros y valores que han guiado al enfermo durante toda su vida;

- además, evitar que los terceros invadan la esfera íntima de su ser, introduciendo pautas de conducta y valores que él no comparte;

- y por último, el deseo de poner fin al paternalismo médico mediante el reconocimiento de que, en última instancia, es la persona la dueña de su destino.-

## V. Aspectos formales que rodean la declaración de voluntad anticipada

Ahora veamos los aspectos formales de que deben rodearse las declaraciones de voluntad anticipada. El art. 2 de la ley uruguaya está dedicado a regular este aspecto, con la finalidad de dar mayores garantías acerca de la conservación de la voluntad del paciente. El artículo establece dos posibilidades, reconociendo en ambos casos la exigencia de un soporte escrito.

Este soporte escrito puede ser de dos clases:

a) la declaración podrá realizarse en un documento privado con la firma del declarante y de dos testigos, sin necesidad de una certificación notarial de firmas; o

b) podrá extenderse en escritura pública o en acta notarial.

Por tanto, *debe* otorgarse ante determinadas personas, nunca puede ser un acto otorgado en soledad. Por otro lado, no debe ser admitida como válida la voluntad tácita del paciente, reconstruida en base a indicios. Y tampoco la voluntad presunta, basada en su estilo de vida o sobre los principios y valores que la gobernaban cuando estaba en buen estado de salud, porque a menudo ocurre que las personas cambian bruscamente de manera de pensar, cuando son ellas y no los terceros, los afectados por una situación dramática.

Podrían merecer dudas aquellos casos donde la persona ha manifestado abiertamente a todo el país o al mundo -por televisión o por la prensa escrita- la voluntad de no someterse a determinadas prácticas médicas si llega a una situación terminal en su salud, y esta manifestación ha quedado grabada o impresa, y donde los testigos en realidad somos todos, como integrantes del público. En estos casos hay una prueba cierta de la voluntad y hasta cierto punto hay un documento y hay testigos, pero no hay una firma, entonces no podría tener validez jurídica de acuerdo a la ley No. 18.473.

En síntesis, la declaración de voluntad anticipada debe ser “clara, expresa e indubitable” y constar en un escrito firmado por el interesado.

1) **El otorgamiento de un documento privado**. El documento podrá ser de puño y letra del declarante o podrá recurrirse a la asistencia de un operador jurídico para su redacción, abogado o escribano. La ley expresamente establece que si el declarante no puede firmar –extensible a la hipótesis de que no sepa hacerlo- firmará a ruego uno de los dos testigos. En el caso de que el redactor haya sido un Escribano, no se necesitará la certificación de firmas. De hacerse será superflua, salvo para el caso de que se discutiera

judicialmente si realmente el declarante fue la persona que dijo ser y si efectivamente firmó la declaración.

***La presencia de testigos.*** La presencia de dos testigos sólo es exigida cuando una persona decida manifestar su voluntad anticipada consignándola en un documento privado; no será necesaria cuando su voluntad se manifieste en escritura pública o por acta notarial, excepto en un caso que seguidamente veremos.

La ley consagra además, un conjunto de inhabilidades para ser testigos. No podrán serlo: 1) el médico tratante; 2) sus empleados o, 3) los funcionarios de la institución médica en la cual se asiste el paciente.-

Lo que busca la ley es evitar un conflicto de intereses, donde la carga económica de una enfermedad prolongada puede pesar mucho, y alentar la actitud de que la decisión médica a tomar en el momento oportuno, sea lo más objetiva posible.

Por los mismos motivos hubiera sido adecuado que la ley prohibiera también a los padres o hijos, cónyuges y/o concubinos oficiar de testigos. En España, por ejemplo, dos de los tres testigos exigidos legalmente no deben ser familiares del otorgante; parece adecuado que así sea, debido a que pueden tener intereses encontrados; como no querer gastar en el tratamiento médico del familiar o en el personal que lo cuide; o no querer destinar su tiempo personal al cuidado del paciente; deseando por tanto, terminar lo más rápidamente posible con esa situación.

2) **El otorgamiento en escritura pública o acta notarial**. Luego tenemos la posibilidad de la intervención de un notario en la autorización de estas declaraciones. Su intervención tiene dos efectos relevantes: 1) otorgar fecha cierta al documento y 2) darle matricidad a la voluntad declarada. Y esto último es sumamente importante, debido a que en numerosas ocasiones todos hemos tenido conocimiento de la desaparición por extravío o por hurto de las historias clínicas de los pacientes; o de su mutilación extrayéndose del mismo determinadas hojas comprometedoras. La creación de una matriz *notarial* evitaría cualquier desconocimiento de la voluntad del enfermo y quedaría al resguardo de esas anomalías. Constituye por tanto, un argumento que el notario deberá plantearle al cliente que le pide su asesoramiento.

En su actuación, el notario está obligado a que lo contenido en el documento corresponda fielmente con la voluntad libre y consciente del otorgante.

En caso de que el sujeto opte por otorgar su declaración en escritura pública o acta notarial, se lo exime de la presencia de testigos en el otorgamiento de la declaración, salvo que no pueda o no sepa firmar, para lo cual se recurrirá a dos testigos instrumentales de conformidad con la parte final del art. 144 de la Acordada No. 7533. El Escribano autorizante deberá controlar la identidad del declarante y obtener los certificados registrales que acrediten su capacidad.

Y, de optarse por la redacción de un acta notarial, ésta debe ser protocolizada, de conformidad con el art. 207 de la misma Acordada, aun cuando la ley No. 18.473 no la imponga.

3) **La incorporación a la historia clínica**. Lo que no se exige es la inscripción de la declaración en algún Registro Público, bastando *su incorporación* a la historia clínica del paciente. Como el evento puede

demorar varios en producirse, quizás décadas, hubiera sido conveniente que en caso de archivo de parte de la historia clínica –por el volumen que ha tomado, siempre debe quedar en la última historia y hasta sería conveniente que en la carátula de la misma se deje un espacio impreso para dejar constancia acerca de si el paciente ha otorgado o no una declaración de voluntad anticipada. Como la ley no lo ha impuesto, sería de conveniencia de la institución médica para resguardar la responsabilidad del personal ante posibles acusaciones de la familia.

Tomando en consideración la redacción de los dos primeros incisos del art. 1 de la ley, cabría la duda de si exactamente las mismas formalidades deben ser cumplidas para renunciar a cualquier "tratamiento o procedimiento médico" a que hace alusión el inciso 1 o, si sólo deben respetarse estas formalidades cuando la persona se encuentra sufriendo una "patología terminal, incurable e irreversible".

Si bien "donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete", pensamos que realizando una interpretación contextual, que permite acudir a los artículos 5 y 7, podemos concluir que las formalidades mayores centran su objetivo en los casos terminales.

En el caso de un paciente que padece de una catarata ocular o una hernia sin riesgos inmediatos pero aconsejándosele su internación, si se niega a operarse o a internarse no debería seguirse las formalidades legales, bastando únicamente el asiento de su voluntad en la historia clínica bajo su firma y responsabilidad.

Plazo de vigencia de la Declaración. Hubiera sido oportuno por otro lado, que la ley especificara un plazo acotado de vigencia de estas declaraciones de voluntad anticipadas, de modo de ir acompasando la voluntad del paciente con los adelantos científicos en el ámbito médico y además, para atender la posibilidad de que la voluntad del paciente haya cambiado en el ínterin. La legislación norteamericana establece para las declaraciones un plazo de vigencia de 5 años, el cual nos parece razonable.

Designación de un representante. El art. 6 posibilita incluir en la declaración de voluntad anticipada el nombramiento de una persona mayor de edad, para que vele por el cumplimiento de su voluntad cuando caiga en estado de inconsciencia. Para la Profesora Ema Carozzi, no se trata de un requisito necesario para la validez de la declaración -por lo cual según ella- si la manifestación de voluntad establece instrucciones claras pero sin designar apoderado, la declaración será igualmente válida y deberá ser respetada. Pero lamentablemente esta opinión no está de acuerdo con la redacción dada al art. 6, que expresamente establece que "se deberá incluir *siempre* el nombramiento de una persona denominada representante".

Este representante del declarante está encargado de cumplir con una función limitada y específica, determinada expresamente por la ley. Por ello, con la simple declaración de voluntad anticipada el representante no puede atribuirse la calidad de curador, ni actuar como apoderado sobre cuestiones ajenas a la salud del paciente afectado de una enfermedad terminal –tanto sean sobre cuestiones personales como patrimoniales.

El representante designado tiene total libertad para aceptar o para rechazar el encargo.

¿El médico tratante puede ser el apoderado? Se trata de una situación que puede darse con mucha

frecuencia, tratándose de personas sin familia o con su familia distanciada, y donde además se ha establecido una relación médico-paciente de mutua confianza. Sin embargo, el representante está afectado por inhibiciones legales, ya que no podrá serlo el profesional retribuido para desarrollar actividades sanitarias a cualquier título respecto del otorgante.

Además, se admite la posibilidad de que el otorgante designe sustitutos para el caso de que "el representante no quiera o no pueda aceptar, una vez que sea requerido para actuar". Es altamente conveniente que se decida la inclusión de sustitutos, debido a la posibilidad de que la declaración comience a aplicarse una vez que ha pasado mucho tiempo y la persona designada en primer término ha muerto o ha envejecido y no desea asumir el cargo.

Al ser los representantes personas individualizadas, el declarante no puede expresar que "designo a mis parientes" en general, o "a mi familia" como apoderados, puesto que el alcance exacto de una directiva de esta naturaleza sería difícil de precisar. Si la representación es plural sería conveniente que el otorgante especificara su deseo de que actúen de consuno, y si el consenso no puede obtenerse, que decidan por mayoría la conducta a seguir.

Formalidades para la revocación. El poder de representación es un acto unilateral enteramente revocable.

Si observamos detenidamente podemos constatar que la formalidad requerida para la revocación de la declaración de voluntad anticipada es mucho más liberal que para la declaración propiamente dicha, en cuanto puede realizarse en forma escrita *o verbal*. Parece claro que el alivianamiento de las formalidades está establecido *a favor* de la vida del paciente; y restablece la obligación médica de luchar por su recuperación.

La revocación también debe incorporarse a la historia clínica del paciente, como forma de que el personal médico tenga un conocimiento claro del abordaje a realizar cuando se presente la faz terminal de la patología (art. 4). Pensamos que, para resguardar la responsabilidad médica –en el caso de que se le acuse al médico de no haber respetado la declaración de voluntad anticipada- sería importante que en caso de revocación verbal, éste haga firmar la historia clínica a su titular o a su representante legal.

Terceras personas que pueden decidir sobre la calidad de vida del enfermo sin cumplir con los requisitos formales citados. ¿Y qué ocurre con aquellas personas que no otorgaron la declaración porque eran incapaces? ¿Quedarán expuestas a tratamientos que impliquen ensañamiento? ¿Podrán en sus momentos de lucidez o de acuerdo a su grado de madurez, renunciar a "tratamientos o procedimientos médicos"? ¿Y si no pueden hacerlo por sí, quién puede expresar una voluntad al respecto?

El art. 7 está dedicado a resolver aquellos casos que se presentan cuando quienes deciden no son en última instancia los pacientes sino terceras personas. A nuestro juicio sus manifestaciones de voluntad estarían exoneradas de las exigencias formales que hemos venido examinando. De todos modos sería conveniente -para salvaguardar la responsabilidad médica- que se realice un asiento en la historia clínica del paciente, bajo la firma de los responsables de tomar la decisión. Veamos las distintas posibilidades:

***- el primer caso es el de una persona capaz pero que no expresó su voluntad y se encuentra***

***imposibilitada de expresarla:*** de conformidad con el art. 7.1,

> *la suspensión de los tratamientos o procedimientos será decisión del o de la cónyuge o, del o de la concubina de la persona afectada;*

No obstante, y a pesar de lo dicho, existen numerosas situaciones que la ley no aclara. Como bien señala la Profesora Carozzi puede ocurrir que el cónyuge se encuentre separado de hecho desde hace muchos años, manteniendo con el paciente un vínculo puramente jurídico, no afectivo; ante lo cual no parece razonable confiar en esa persona sobre una situación tan delicada como es la de una enfermedad terminal de un paciente.

En cuanto a los concubinos puede plantearse la situación de que el paciente estuviere casado, y que viva en concubinato con otra persona, ante lo cual por lógica –pero no por decisión legal- habría que privilegiar la opinión de aquella persona que convive con el paciente. Además al aprobarse la ley No. 18.246 *sobre uniones concubinarias*, el concepto de "concubinato" debe hacerse de acuerdo a la precitada ley, lo cual permite cubrir tanto al concubino del paciente del mismo o de diferente sexo.

Sólo en caso de ausencia de éstos, se recurrirá a los consanguíneos de primer grado: padres y/ o hijos.-

El inciso 2 del art. 7 afirma que

> *En caso de concurrencia entre los familiares referidos, se requerirá unanimidad en la decisión.*

Por ejemplo, si tiene varios hijos y además sus padres vivos, o cuando es casado y concubino registrado. Sin embargo, no dice que ocurrirá en caso de que esa unanimidad no se obtenga, ya sea una controversia entre cónyuges y concubinos, o entre padres e hijos, o entre hijos entre sí. La ley parece dejar fuera de todos estos problemas a las autoridades judiciales, las cuales no son mencionadas en ningún momento.

***- el segundo caso es el de una persona que ha sido declarada incapaz y que por tal motivo no pudo otorgar la declaración de voluntad anticipada:*** la ley dice que la renuncia a los tratamientos o procedimientos médicos debe ser realizada por su curador (art. 7.2);

***- y en el caso de niños y de adolescentes:*** "la decisión corresponderá a sus padres en ejercicio de la patria potestad o a su tutor" (art. 7.3). Con una excepción: si los padres del niño son también menores de edad, el tutor tiene la obligación de "consultar" –o sea a tomar en cuenta- la opinión de los padres del niño, si conviven efectivamente con él. Pero de todos modos la decisión última corresponderá al tutor.

Las opiniones de los incapaces, interdictos o niños: hay que destacar que la ley adopta una posición acorde al Derecho Positivo más avanzado en relación con el tratamiento de la incapacidad de las personas, al considerar que los procesos de incapacidad y de capacidad son graduales. Se rechaza la opción tajante de los Códigos y leyes del s. XIX y comienzos del s. XX que imponían una alternativa draconiana: se es capaz o se es incapaz y, en este último caso, las personas quedaban absolutamente excluidas de la vida civil.

En la actualidad las leyes son más morigeradas, admitiéndose incapacidades parciales, prohibiendo por ejemplo que la persona pueda realizar determinadas actos –los más graves- como vender bienes inmuebles, pero para el resto de sus actividades podrán gozar de autonomía de decisión y celebrar contratos de diferente tenor.

Basado en esta postura el art. 7 al final, señala que

> *No obstante, cuando el paciente sea incapaz, interdicto o niño o adolescente pero con un grado de discernimiento o de madurez suficiente para participar en la decisión, ésta será tomada (en cuenta) por sus representantes legales en consulta con el incapaz y el médico tratante.*

Por tanto, el interdicto con intervalos lúcidos también deberá ser consultado cuando sea necesario adoptar una medida sanitaria y se encuentre viviendo un momento de lucidez. En estos casos la decisión última corresponderá al representante, en consulta con el médico tratante.

En cuanto a los menores de edad, no recoge otra cosa que la postura de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que en su art. 12 declara especialmente que:

> *1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.*
>
> *2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.* (énfasis agregado)

Nuestro Código de la Niñez y de la Adolescencia (ley No. 17.823) completa lo expuesto con un principio general contenido en el art. 8 que dice así:

> *Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.* (énfasis agregado)

¿Y qué decisión puede ser más importante que ésta, cuando está decidiéndose sobre su propia vida al estar afectado de una enfermedad terminal?

## La producción del evento previsto en la declaración

El procedimiento a seguir por el médico tratante. ¿Qué ocurrirá cuando el evento previsto en la declaración se ha concretado? ¿O sea que nos encontramos ante una patología tal cual está definida en la ley?

Desde ya decimos que la declaración de la propia incapacidad no puede ejecutarse automáticamente. La ley exige el agotamiento de determinadas etapas, las cuales tienen plazos breves, dada la situación de urgencia y la gravedad de la dolencia.

La ley diseña todo un procedimiento como modo de garantizar el correcto cumplimiento de la voluntad del paciente y que esta voluntad no se vea desvirtuada por intereses espurios, como pueden ser evitarle gastos a la familia o a la institución de asistencia médica donde el paciente está afiliado.

En todo caso deberá imperar la prudencia y la buena fe de los médicos y de los representantes.

La redacción de la declaración de voluntad puede generar más de un dolor de cabeza en materia de interpretación en el personal médico. Éste intentará ajustarse, en la medida de lo posible, a la expresión de voluntad consignada en el documento, con la finalidad de no ser llamado a responsabilidad por la familia en el futuro, siempre que la declaración no fuere contraria a la ley.

Por ejemplo, será imposible de ser aceptada por el personal médico por ser contraria a nuestro ordenamiento jurídico, una orden dada por el paciente de que ante una enfermedad irreversible el médico

tratante termine con su vida. La declaración de voluntad anticipada no puede ser una puerta abierta a la eutanasia. Como bien se ha expresado "el derecho a morir no genera un correspondiente deber de matar".

Una vez constatada la declaración de voluntad anticipada por el médico tratante –porque ha accedido a ella en la historia clínica del paciente- y habiendo corroborado que esta declaración no ha sido revocada, si la afección que sufre el paciente coincide con la declaración y con el concepto legal, el art. 5 establece que

> *el diagnóstico del estado terminal (…) deberá ser certificado por el médico tratante y ratificado por un segundo médico en la historia clínica del paciente.*

Hecho esto, el médico tratante todavía no está habilitado para cumplir con la voluntad del enfermo terminal sino que "deberá comunicarlo a la Comisión de Bioética de la institución" en la que desempeña sus funciones, la cual tendrá 48 horas para decidir.

> *En caso de no pronunciamiento en dicho plazo se considerará tácitamente aprobada la suspensión del tratamiento.*

Por tanto, cabe concluir que el médico tratante no podrá tomar una decisión de suspensión de los tratamientos o procedimientos por sí y ante sí sino que debe primero certificar la calidad de enfermo terminal del paciente, luego obtener una segunda opinión médica que la confirme; y por último, el consentimiento de la Comisión de Bioética de su institución. Esta última podrá confirmar la suspensión -ante lo cual el camino del médico quedará finalmente expedito- o rechazarla. Por sí o por no, la decisión de la Comisión de Bioética será la que prevalecerá.

En todo caso –o sea cuando la Comisión de Bioética dio la autorización, o cuando dejó vencer el plazo de 48 horas y el médico procedió a suspender los tratamientos o procedimientos- deberá comunicarse dicha decisión a la Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública, sin plazo y "a los efectos que corresponda".

Objeción de conciencia. Por último, cabe señalar que si en base a sus ideas filosóficas, morales, éticas o religiosas el médico tratante considera que su conciencia le impide acceder a la suspensión de los tratamientos o procedimientos, será subrogado en tal decisión por el médico que corresponda, sin responsabilidad alguna de su parte.

El mantenimiento de los cuidados paliativos. Si bien la voluntad del paciente es jurídicamente relevante para suspender cualquier tratamiento o procedimiento médico que vaya en detrimento de su calidad de vida ante una patología "terminal, incurable e irreversible", no deberán suspenderse los cuidados paliativos; que son aquellos cuidados que permite continuar con la alimentación y la hidratación, salvo que el paciente voluntariamente lo rechace. Tampoco corresponde la alimentación e hidratación cuando le produzcan un sufrimiento excesivo, puesto que de acontecer esto último regirá el criterio *noli me tangere.*

De todos modos deberá practicársele el aseo y los cambios de postura, en atención a la dignidad de que goza todo ser humano. Estos cuidados se destinan a aliviar los sufrimientos sin tener por finalidad la curación.

Incluso, las actuaciones médicas podrán quedar circunscritas a aliviar los dolores físicos del paciente aun con la convicción de que la medicación aplicada implique un acortamiento de su vida. La sedación no

tener por objeto hacer dormir al enfermo o dejarlo en estado de inconsciencia precisamente en la hora decisiva de su vida. Sólo por motivos graves deberá privársele de conciencia al moribundo. En estos últimos tiempos se ha afirmado que la sedación terminal no necesariamente acorta la vida sino que en ese acortamiento tiene mayor incidencia el propio dolor.

Cuando se aplique una sedación terminal (el denominado cóctel lítico) la buena práctica médica aconseja una sedación que no implique la muerte en cosa de pocos minutos sino calmar el dolor en su justa medida, de modo que el paciente muera en paz y con la mayor tranquilidad posible. Hay diversos tipos de cócteles que combinan: morfina y cocaína; midazolam con morfina; demerol con thorazine y valium, etc.

Entretanto se continuarán con los cuidados paliativos. El objetivo de estos cuidados no es que el enfermo viva más tiempo sino que viva mejor lo que le resta de vida, o sea, que lo que se desea es no obstaculizar la acción de la naturaleza. Hay que evitar entonces, la aplicación de procedimientos degradantes que humillen a la persona, y ella sola podrá decidir hasta qué punto continuar con los tratamientos.

Por estas razones parece adecuada la previsión establecida al respecto en el inciso 4 del art. 1 que dice así:

> *No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren.*

Responsabilidad médica. Para terminar, parece claro que el respeto puntilloso de la voluntad del paciente dentro de las coordenadas fijadas por la ley No. 18.473, eximen de toda responsabilidad civil al personal médico. Además despenaliza su conducta. Pero en modo alguno el reconocimiento jurídico de estas declaraciones importará la recepción de la eutanasia.

El principio de no discriminación que deben respetar las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud. El último artículo de la ley intenta respetar el principio de no discriminación. El art. 11 advierte que el paciente no puede ser objeto de ninguna presión para que otorgue una declaración de voluntad anticipada para acceder a la calidad de afiliado al servicio de salud o, para aplicársele cualquier tratamiento. Con ello se busca evitar que las instituciones sanitarias utilicen las declaraciones de voluntad anticipada para reducir sus costos operativos si todavía existen posibilidades de cura, aun cuando tengan que seguir tratamientos prolongados y gravosos.

Balance final. Como balance final podemos decir que desde nuestro punto de vista estas declaraciones no serán de utilización masiva. Porque para su otorgamiento se requiere la existencia de determinadas condiciones personales: un sujeto consciente de la finitud de la vida; el deseo de mantener la calidad de la misma cuando se presenten síntomas de disminución física, psíquica o intelectual; y la voluntad de mantener aquellos parámetros de conductas, principios y valores que defendió en momentos de plena lucidez. Por ello, las declaraciones de voluntad anticipada no son para cualquiera. Enfrentados al tema de la muerte muchos prefieren no pensar en ello y mirar para otro lado, dejando que las circunstancias y los demás decidan en definitiva. El problema no está en la ley sino en la forma de pensar de cada uno. La conclusión a la que se puede llegar en este tema es que no hay verdades absolutas que permitan dividir todo entre blanco y negro.

# PARTE 4

# EL ESTADO

# Y SUS DIVERSAS

# MANIFESTACIONES

El Estado-Nación ha sido considerado durante mucho tiempo el alfa y omega de la organización política de las sociedades humanas. Durante varios siglos ha realizado una tarea de concienciación interna intentando conformar a través de la nación, un grupo humano unido, perdurable, para que apuntare a objetivos comunes. Dentro de ese esquema su intervención ha sido tan extensa como fuera posible, dando lugar al denominado *welfare state* o Estado bienestar. Pero la experiencia no ha sido lo satisfactoria que pudiera pensarse, porque la limitación de los recursos que tenía a mano, impidió satisfacer a través de los mecanismos estatales todos los apetitos sociales. De todos modos, aún hoy, cuando estamos ante un Estado un poco más debilitado debido a que ha renunciado a algunas parcelas de poder, podemos observar que su presencia aparece como una pieza ineludible en la regulación político-social, interna e internacional.

En primer lugar, en el aspecto normativo, donde todavía goza de aceptación el recurso a la regla de conflicto de leyes y de jurisdicciones para regular las relaciones privadas internacionales. El método indirecto ha sufrido transformaciones, algunas muy profundas, pero no por ello ha dejado de ser utilizado como elemento clave de regulación por los Estados. Las características de este método serán analizadas en el Capítulo 9.

Luego, en el Capítulo 10 siguiente, examinaremos la manera en que un caso multinacional llega a obtener una regulación, o sea, aludimos en él a la calificación. De dónde extraer los conceptos que nos ayudarán a calificar si de algún orden jurídico estatal o fuera de ellos, si debemos aceptar para nuestro oficio un método específico, excluyendo a los demás, o por el contrario, corresponde realizar un sincretismo metodológico adecuándonos a la realidad del caso concreto.

El Capítulo 11 atiende a la aplicación del Derecho extranjero, cuál es su naturaleza y la forma en que será aplicado cuando la regla indirecta lo indica como el competente para regular la relación privada internacional. Y este tema se ve completado en el Capítulo 12, con el análisis de las excepciones a la obligación de aplicar el Derecho extranjero, admitidas en general en el Derecho comparado, y en especial por nuestro orden jurídico.

El Capítulo 13 está dedicado al examen de los problemas que trae aparejada la circulación internacional de los documentos públicos y privados, a las formalidades de que deben estar rodeados, y a su legalización y traducción cuando ello fuere necesario, sin perjuicio de hacer notar aquellas hipótesis donde este trámite se encuentra omitido.

El tema documental se completa en el Capítulo 14 siguiente, al explorar la organización registral en el Derecho comparado de la región.

Y finalizamos esta Parte, con la inclusión de dos Capítulos -el 15 y el 16- dedicados a suministrar las nociones básicas sobre la cooperación judicial internacional a través de los exhortos y cartas rogatorias; y

el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales extranjeras. Cuestiones que, de una manera o de otra, se hallan vinculados con la tarea del traductor jurídico.

# CAPÍTULO 9

# LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES A TRAVÉS DEL MÉTODO INDIRECTO[160]

## Introducción

El objeto de las normas de derecho internacional privado es la regulación de las relaciones privadas internacionales. La finalidad de estas normas es similar a las existentes en el Derecho interno, tanto una como otra tiene como objeto la regulación de la capacidad, de los bienes, de los contratos, de las sucesiones, y en los dos casos disponen de alguna forma, el Derecho que corresponde aplicar. Pero las reglas de conflicto tienen una estructura particular en cuanto conducen a la determinación del Derecho aplicable de una manera diferente que como lo hace una norma de Derecho interno: en lugar de proporcionar directamente la solución normativa ellas remiten a otro Derecho –propio o extranjero- la solución del caso. Ejemplos de una norma indirecta sería, por ejemplo: "la capacidad se regula por la ley del domicilio" o "el matrimonio se regula por la ley del lugar de su celebración". ¿Nos dice la norma si Juan Pérez es capaz o cómo debe casarse? Evidentemente no. Se hará necesario dirigirse a la ley remitida –la vigente en su domicilio o en el lugar de celebración de las nupcias- para saberlo exactamente. La características de estas normas las diferencian entonces, de las normas de Derecho interno, porque en este último caso habrá normas que nos dirán que "la capacidad se adquiere a los 18 años cumplidos de edad", o que "el matrimonio se celebrará ante el Oficial del Registro del Estado Civil" (art. 83 C.C.).

Toda regla de conflicto puede ser examinada en los elementos que la componen. Estudiando la estructura de la regla de conflicto clásica hemos constatado que ella contiene, necesariamente a la categoría, al punto de conexión y a un tercer concepto que es la disposición.

## I
## La categoría

La categoría es el conjunto de las relaciones jurídicas reguladas por la norma de conflicto en su parte dispositiva. Enuncia, por tanto, el objeto de la norma. Del elenco de relaciones jurídicas existentes en el campo del Derecho, la categoría abarca sólo alguna o algunas, y éstas constituyen el alcance extensivo de la norma. La misión que asume cada regla de conflicto debe estar cuidadosamente expresada en la categoría.

Se hace necesario utilizar categorías que puedan distinguirse con facilidad entre sí, obedeciendo al llamado principio de no superposición de los conceptos categóricos. Si hay una superposición u *overlapping* de esos conceptos, la consecuencia será la incertidumbre en la determinación de la ley aplicable, por lo que habrá fracasado la seguridad jurídica necesaria a la vida de los individuos.

En cuanto a la extensión de las categorías, éstas son muy diferentes en extensión. Las hay de gran extensión y de pequeña extensión. Esa extensión no tiene nada de inmanente: no existe una categoría fija para cada grupo de relaciones privadas internacionales, sino que su conformación definitiva dependerá

[160] Puede consultarse a Alfonsín, Quintín. *Derecho Privado Internacional.* Montevideo. 1982. p. 363 y ss.

del criterio del legislador. Si éste quiere ser preciso dividirá el haz de relaciones jurídicas en tantos conjuntos como sea necesario para cumplir ese objetivo. Si lo que le interesa simplemente es cubrir todo el panorama con un número reducido de reglas de conflicto, éstas tendrán categorías de una gran extensión. Por ejemplo, observemos estas dos columnas y las diferentes opciones con que cuenta el legislador para regular el matrimonio en el primer caso, o los actos jurídicos en el segundo:

| **El matrimonio** | **Los actos jurídicos** |
|---|---|
| *El matrimonio y sus efectos, en general* | *Los actos jurídicos, en general* |
| *Las relaciones entre cónyuges,* | *Los contratos* |
| *Las relaciones personales* | *Los contratos onerosos* |
| *Las relaciones patrimoniales* | *La compraventa* |
| *La potestad marital* | *Las obligaciones del vendedor* |
| *La obligación de alimentos* | *El precio* |
| *El derecho al nombre* | *La tradición* |
| | *Los plazos* |

Las categorías de Derecho interno son de pequeña extensión comparándolas con las categorías de Derecho internacional privado que son más amplias, aun cuando se percibe la tendencia a reducir cada vez más el ámbito sustantivo de las categorías de Derecho internacional privado. Las categorías de pequeña extensión conducen al desmembramiento de las relaciones jurídicas privadas internacionales, puesto que resulta necesario acudir a varias leyes distintas, cada una de ellas para regular cada aspecto de la relación, por ejemplo: la capacidad, la forma y el fondo. El propio Savigny que postulaba que la relación privada internacional tenía una naturaleza propia y esencial que la llevaba a tener un solo siento o centro de gravedad, no pudo escapar a esta fragmentación.

Fuera de esta fragmentación, que podemos calificar como básica o clásica, otro tipo de fragmentación puede conducir a la aplicación de leyes contradictorias entre sí. Es el riesgo de se corre al fragmentar la relación privada internacional. Obviamente, la consagración de grandes categorías por el legislador evitaría este inconveniente, pero les aparece otro, que es el de volverse inadecuadas debido a su gran extensión, para regular por una sola ley a todos los actos que comprende. Una categoría extensa es la referida al matrimonio, que regula por la ley del lugar de celebración "la capacidad de las partes para contraerlo, la forma, existencia y validez del acto matrimonial" (art. 2395 del C.C y arts. 11 y 13 de los *Tratados de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 y de 1940 respectivamente). O la atinente a los contratos, que regula su existencia, naturaleza, validez, efecto, consecuencias, ejecución "y en suma, todo cuanto concierne a los contratos bajo cualquier aspecto que sea" (Arts. 33 y 37 de los *Tratados de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 y de 1940 respectivamente). No podríamos considerar a estos dos casos como inadecuados porque concentran bajo una sola ley una determinada y específica relación privada internacional. Pero sí acontecería con el mantenimiento de una categoría como la de actos jurídicos; regular por una sola ley tanto un contrato –de compraventa, arrendamiento, depósito, hipoteca, etc.- como un acto jurídico –un testamento, un poder- se nos presenta como algo realmente excesivo y muy inadecuado.

Por ese motivo resulta de gran importancia cuando se elaboran normas de derecho internacional privado, delimitar con justicia el ámbito de extensión de las respectivas categorías, y cualquiera que estudia los

antecedentes de los respectivos Tratados y Convenciones de derecho internacional privado podrá apreciar el trabajo mayúsculo que realizan los especialistas para elaborar categorías precisas, justas y adecuadas.

Cada orden jurídico estatal desarrolla su propio cuadro de categorías. Las nuestras no son las mismas que las del Derecho argentino, paraguayo o brasileño. Si bien el apéndice del Código Civil y los Tratados de Montevideo tienen su propio elenco de categorías, en ambos casos se abstienen de definirlas, de delimitar su extensión o alcance. En cambio, en las C.I.D.I.P. se ha tenido el empeño de definir con precisión algunas categorías, como por ejemplo el art. 1 de la *Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado*, aprobada en La Paz, Bolivia, en 1984, que considera que

> *se entiende por persona jurídica, toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución*

O en la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores*, de igual fecha, la cual en el art. 1 expresa que:

> *Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor, cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores, guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor*

Y el art. 3 define el "derecho de custodia o de guarda" como

> *El derecho de custodia o de guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia*

La *Convención Interamericana sobre transporte terrestre internacional de mercaderías* tiene numerosas categorizaciones en el art. 1.

Además, algunas normas sólo regulan las condiciones constitutivas de la categoría, en cambio otras regulan las consecuencias emergentes de la misma. En cuanto a los menores de edad sometidos a patria potestad o tutela y aquellos sometidos a curatela, con bienes fuera del país de su domicilio tenemos que el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 regula:

a) *las condiciones para determinar la capacidad*: se regulan por la ley del domicilio, y

b) *las consecuencias de la incapacidad*: se regulan por la *lex rei sitae*. (arts. 1, 15 y 22).

Existen algunos casos excepcionales donde hay normas que regulan las consecuencias y no las condiciones o viceversa. Como por ejemplo, el art. 18 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, que regula las consecuencias de filiación extramatrimonial pero no las condiciones de ésta.

En cuanto a la materia a regular hay que distinguir si lo que se va a elaborar son normas de conflicto bilaterales o unilaterales. La característica de las reglas de conflicto bilaterales es que contienen materias que no todas son propias del Derecho nacional o que corresponden a la vida nacional, como ocurre en el caso de las reglas de conflicto unilaterales en cuyo caso se limitan a la aplicación del Derecho nacional y, por tanto, siguen fielmente la parcelación temática del Derecho interno. La distinción entre una y otra obedece a que las reglas de conflicto bilaterales son llamadas a determinar el campo de aplicación en el espacio, no sólo de las reglas sustantivas nacionales sino también de las extranjeras, por lo que deben contar con una amplitud categorial que permite cubrir supuestos próximos aunque no idénticos, a los del Derecho interno del Estado que formuló la regla de conflicto.

En las diferentes Convenciones de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P.) se constata una creciente tendencia a la especialización de las reglas de conflicto. Y ello es debido a la complejidad de la vida internacional de las personas, que sólo las convierte en herramientas útiles en la medida que se aproximen a la materia a regular. La especialización favorece la seguridad en cuanto a la ley aplicable, pero la especialización debe tener para algunos un límite lógico, pero para Alfonsín no puede conducir al despedazamiento de la relación jurídica. Según el referido autor, la división en partes de la relación jurídica y el sometimiento de cada una de ellas a una ley diferente resulta contraria a las exigencias de la buena regulación de las relaciones humanas. Consideraba que debía evitarse la aplicación de dos o más leyes nacionales a una misma materia concreta, puesto que los intereses a proteger en la relación a menudo se presentan interdependientes y vinculados, lo cual exigía regularlos por una única ley, ya que la aplicación simultánea de dos o más leyes puede llegar a originar problemas de adaptación, a veces de muy difícil solución.

Esta posición ha estado vigente durante mucho tiempo en Uruguay, pero actualmente se ha visto subvertida por la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*, aprobada en México, en 1994, donde el art. 7 permite el fraccionamiento o *dépéçage* del contrato, en cuanto la nueva corriente aspira únicamente a que la multiplicidad de leyes aplicables se convierta en una regulación *coherente* del contrato. No importa en este caso, la unidad de tratamiento sino la coherencia en su regulación. El mencionado artículo se explaya de la siguiente manera:

> *El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato a una parte del mismo.*

## II
## La disposición

Dentro de la regla de conflicto bilateral la disposición es el conjunto de normas sustantivas, materiales, nacionales, internas, que componen el orden jurídico de un Estado señalado por la regla de conflicto. Últimamente se asiste al reconocimiento de la posibilidad de designar no leyes estatales sino órdenes jurídicos extraestatales como, por ejemplo, la *lex mercatoria*. O ciertos grupos normativos que propiamente no constituyen órdenes jurídicos, como los usos y las prácticas del comercio internacional.

Tanto la regla de conflicto nacional como la internacional proceden de igual manera en cuanto a la disposición. La disposición toma el primer lugar en el caso de las reglas de conflicto unilaterales, en cuanto fijan exclusivamente el campo de aplicación de las leyes nacionales.

Según Alfonsín, atendiendo a la disposición, las normas pueden ser directas, y formales o indirectas:

1) ***normas directas****:* son aquéllas que disponen directamente el Derecho inherente a la categoría, son las normas sustantivas. No hay necesidad de recurrir, en este caso, a otro orden jurídico. Son exactamente iguales a las normas de cualquier Derecho interno. Por ejemplo, el art. 11 de los Tratados de Montevideo en lo relativo a los impedimentos para la celebración del matrimonio.

El art. 12 sobre responsabilidad del transportador es igualmente claro al respecto:

> *El transportador será responsable de la pérdida, daño o avería de las mercaderías, así como del retraso o falta de entrega de las mismas, salvo en la medida que acredite que se deba a alguna de las siguientes causas: (…)*

2) ***normas formales o indirectas***: son aquéllas que no resuelven por sí mismas la cuestión planteada sino que nos remiten a otro Derecho –nacional o extranjero- que será el encargado de regular sustancialmente la cuestión. Será:

> *la ley del lugar de situación del bien, o*
> *la ley del lugar de celebración del acto o contrato,*
> *la ley de la nacionalidad o la del domicilio de la persona, etc.*

A su vez, las normas formales pueden ser:

a) ***concretas***: cuando ellas mismas individualizan el Derecho privado que ha de regular la relación jurídica. Tal es el caso del art. 5 del Código Civil uruguayo, que establece que los bienes situados en la República se regulan por la ley uruguaya. O el art. 3.3 del Código Civil francés que estipula que la ley francesa rige la capacidad de los franceses aún cuando se encontraren en el extranjero. Las normas de conflicto unilaterales pueden calificarse como concretas puesto que el único Derecho aplicable a la cuestión es el que está explicitado en ellas.

b) ***abstractas***: en cambio, son aquéllas que no individualizan por sí mismas el Derecho privado sino que se limitan a señalarlo abstractamente, mediante una clave o punto de conexión. Ese Derecho privado no rige en forma inmediata sino que hay que buscarlo y precisarlo en cada caso, acudiendo al punto de conexión contenido en la regla de conflicto. O sea que, mediante el domicilio de una persona o el lugar de situación de un bien, se averigua la ley correspondiente. Son normas abstractas, las normas bilaterales puesto que no se juegan por la aplicación, ni por la ley nacional ni por la ley extranjera, en cuanto no señalan específicamente un determinado Derecho interno.

## III

## El punto de contacto o de conexión

La regla de conflicto necesariamente debe utilizar en su estructura, un elemento mediante el cual se llega a fijar o a determinar la ley aplicable, se trata del punto de conexión, punto de contacto o criterio de conexión. Es por medio de este elemento que la regla de conflicto conecta los dos extremos de su estructura: la categoría a regular con una ley sustantiva, la que podrá ser nacional o extranjera. El punto de conexión oficia como:

1) ***un elemento localizador***: por medio del cual la materia regulada puede ser conectada al Derecho de determinado país. Por ejemplo, la nacionalidad.

2) ***un elemento tiempo***: pero además, a veces es necesario en ciertas hipótesis es necesario hacer mención a un segundo elemento: el elemento temporal, muy útil para designar el momento en que la localización debe ser tenida en cuenta. Por ejemplo, según el art. 12 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 se establece que

> *los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a las relaciones personales se rigen por la ley del domicilio conyugal. Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio*

En tal caso, el elemento tiempo no resulta focalizado a un determinado momento, si no que permite la variación del Derecho aplicable a la relación privada internacional.

Por otro lado, de acuerdo a la última parte del art. 41 del mismo Tratado,

> *las relaciones de los esposos sobre los bienes, se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio*

En consecuencia, los dos elementos son sumamente importantes.

Los puntos de conexión son numerosos pero no ilimitados; habitualmente nos referimos a:

*la nacionalidad,*
*el domicilio,*
*la residencia simple o la habitual,*
*el lugar de situación de una cosa,*
*el lugar de celebración de un acto,*
*el lugar donde se cometió un delito o donde éste produjo sus efectos,*
*el lugar de ejecución del contrato,*
*el lugar del accidente,*
*el lugar del ejercicio del tribunal competente,*
*la voluntad de las partes,*

Alfonsín advierte que necesariamente tiene que haber una relación entre categoría y disposición. Porque, como bien lo señala el Maestro, no puede regularse la capacidad de un apátrida por la ley de la nacionalidad, o los delitos por la ley del lugar de celebración de un acto.

Es aconsejable que el punto de conexión sea definido para interpretarlo de una manera uniforme por todos quienes consulta la regla de conflicto -saber dónde esta domiciliada la persona, dónde se ejecutó el acto, dónde se produjo el hecho-. Esta definición debe ser independiente de la categoría, puesto que si no se entraría en un círculo vicioso. Por ejemplo, Alfonsín cita el ejemplo de la nacionalidad de un buque que se ordene regular por la ley del Estado que le otorgó el uso de la bandera. Es por ese motivo que resulta beneficioso que los puntos de contacto se basen en circunstancias fácticas o de puro hecho, como forma de superar los posibles círculos viciosos que puedan presentarse.

Puntos de contacto de hecho y puntos de contacto jurídicos. ¿Todos los puntos de contacto son de idéntica naturaleza? ¿Es lo mismo domicilio que lugar de situación? ¿Puede percibirse algo distinto entre los diferentes puntos de contacto? Evidentemente sí.

Hay puntos de contacto de hecho, que no necesitan ser definidos para saber cuál es el Derecho aplicable a la relación. Son puntos de contacto de hecho:

*El lugar donde sesiona el tribunal,*

*El lugar de situación del bien, etc.*

En general, su interpretación no presenta dificultades salvo raras excepciones.

Hay puntos de conexión jurídicos, que requieren la previa definición de sus conceptos. También la regla indirecta puede contener uno o varios puntos de contacto jurídicos. Las nociones jurídicas –a diferencia de los puntos de contacto fácticos- son susceptibles de tener un contenido que puede variar de uno a otro ordenamiento jurídico. El domicilio del *common law* no es el mismo del Derecho continental, tenemos los domicilios legales, los domicilios con o sin *animus manendi*, y la definición de este *animus* puede variar de un orden jurídico al otro.

La definición de un punto de contacto jurídico debería realizarse por el propio orden jurídico a que la regla de conflicto pertenece, ya se trate de un orden jurídico nacional o internacional. El hacedor de la norma dará la definición legal del término empleado en el punto de conexión. Por ejemplo, el art. 2 de la *Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado,* determina que

> *Por ley del lugar de su constitución se entiende la del Estado Parte donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas*

El *Convenio sobre restitución internacional de menores*, suscrito con Chile en el año 1981, entre dicho país y Uruguay, establece en su art. 3 que

> *A los efectos de este Convenio, se entiende por residencia habitual del menor, el Estado donde tiene su centro de vida*

Por el contrario, puede formularse una regla de conflicto que indique la forma de determinar la legislación que definirá el punto de contacto, por ejemplo, el art. 22 del Código Bustamante

> *El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas físicas o jurídicas, se regirán por la ley territorial*

Puntos de contacto de realización fija y de realización variable. Hay puntos de contacto que hacen referencia a circunstancias cuya realización no puede variar en el tiempo y otros que se refieren a circunstancias que pueden llegar a cambiar. En este último caso, variando de punto de conexión variará la ley aplicable, lo que puede llegar a acarrear una gran inseguridad.

Ejemplos de puntos de conexión variables son:

- ***Relaciones personales entre los cónyuges***, reguladas en el art. 14 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940:

> *los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio conyugal.*

- ***Los bienes muebles***, regulados en el art. 32 del mismo Tratado:

> *los bienes cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar dond están situados, en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que sean susceptibles.*

Ejemplos de punto de conexión invariables tenemos:

- ***La capacidad***, que en principio en el Tratado antedicho es variable, al señalar en el art. 1 que:

> *La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas se rigen por la ley de su domicilio.*

Pero el art. 2 se encarga de darle fijeza:

> *El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida*

- ***Relaciones patrimoniales entre los cónyuges***, que se hallan contempladas en el art. 16:

> *las Convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes, se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.*

Puntos de conexión únicos y puntos de conexión plurales. Podemos distinguir entre:

1) ***Normas con puntos de conexión simples o únicos***: tienen un solo punto de conexión, por ejemplo, el art. 1 sobre capacidad, el que recurre solamente al domicilio para determinarla.

2) ***Normas con puntos de conexión plurales***: en tal caso se habrá de atender a más de un punto de conexión para hacer funcionar la regla de conflicto, pero la existencia de la pluralidad no siempre significa la utilización simultánea de todos ellos. El objetivo de estas normas puede ser favorecer su flexibilidad (caso de las normas con puntos de conexión alternativos) o imponer una mayor rigurosidad (caso de las normas con puntos de conexión acumulativos). Así tenemos:

a) ***normas con puntos de conexión acumulativos***: la relación jurídica debe ser regulada acumulativamente por los dos o más puntos de contacto. Por ejemplo, el art. 23 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de 1940 referido a la adopción internacional, que la hace regir por las leyes de los domicilios del adoptante *y* del adoptado, en cuanto sean concordantes.

> *La adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas, y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público.*

Esto quiere decir que para que pueda funcionar la regla de conflicto, los Derechos aplicables deben ser muy semejantes entre sí, pues una discordancia importante o aún un antagonismo, hará fracasar su funcionamiento. Téngase además en cuenta, que el Tratado no da una solución de reemplazo para el caso de que las legislaciones aplicables "no sean concordantes". Y tampoco, incluye la posibilidad de realizar una adaptación para materializar un criterio de favor hacia la concreción de la adopción. Evidentemente nos encontramos ante una regla de conflicto de una estructura muy rígida.

b) ***normas con puntos de conexión de reemplazo o subsidiarios****:* tenemos un claro ejemplo en el art. 2 de la *Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado* de 1979, que establece un escalonamiento de puntos de conexión, de modo que si el primer peldaño no se puede concretar se bajará un nuevo peldaño, y así sucesivamente hasta llegar al último punto de contacto que cubrirá todas las hipótesis no previstas en las soluciones precedentes. El art. 2 dice así:

> *el domicilio de una persona física será determinado en el siguiente orden:*
> *1) el lugar de la residencia habitual;*
> *2) el lugar del centro principal de sus negocios;*
> *3) en ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia;*
> *4) en su defecto, si no hay residencia, el lugar donde se encontrare. (*énfasis agregado).

La *Convención Interamericana sobre adopción internacional de menores* en el inc. 2 del art. 4 da otro ejemplo:

> *En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.*

c) ***normas con conexiones alternativas****:* contienen varios puntos de conexión, pero no funcionan todos juntos sino en una forma alternada. Por ejemplo, la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias* que, en su art. 6 destinado a la ley aplicable, y en el art. 8 referido a la jurisdicción competente, establece 6 o 7 puntos de conexión a funcionar alternativamente.

Podemos también analizar el art. 15 en materia de competencia para los litigios del transporte terrestre de mercaderías por carretera.

O el art. 16 de la *Convención Interamericana sobre adopción intencional de menores,* referido a la conversión de la adopción simple en adopción plena en materia jurisdiccional.

O el art. 56 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940 referido a acciones personales patrimoniales.

Veamos la Convención sobre prestaciones alimentarias:

> *Art. 6. Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos se regularán por aquél de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:*
> *a) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;*
> *b) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.*

d) ***normas con puntos de conexión distributivos****:* se distribuye la regulación de distintos aspectos de una misma relación jurídica entre varias leyes, para lo cual se utilizarán en forma simultánea varios puntos de conexión. Se produce aquí un *dépéçage.* Por ejemplo, el art. 3 de la *Convención Interamericana sobre adopción internacional de menores.* O el art. 2 de la *Convención Interamericana*

*sobre personas jurídicas* y el art. respectivo de la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles,* combinado con el art. 4. Veamos la Convención sobre adopción:

> *Art. 3. La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.*
> *Art. 4. La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:*
> *a) la capacidad para ser adoptante;*
> *b) los requisitos de edad y estado civil del adoptante;*
> *c) el consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y*
> *d) los demás requisitos para ser adoptante (…).*

## Estado actual del tratamiento de los puntos de contacto en las reglas de conflicto

Si el Derecho internacional privado es considerado por una parte importante de la doctrina como un Derecho de conexión –en cuanto utiliza normas formales que tratan de conectar una situación a una norma para que sea regida por ella-, en consecuencia, la cuestión más importante consiste en estudiar siempre el fundamento de la conexión utilizada, para saber con certeza que ella realiza una regulación razonable de la relación jurídica privada internacional. Partiendo de Savigny la doctrina ha evolucionado e ido considerando que una relación jurídica debe ser regulada por la ley del Estado donde la relación tenga los lazos o los vínculos más estrechos, y que un litigio debe conectarse, en la medida de lo posible, al foro más próximo.

De ahí que se haya desarrollado el llamado "principio de proximidad". Sus justificaciones son las siguientes:

a) su aparente objetividad, que la haría fácilmente universalizable;

b) podría conducir a una uniformidad de soluciones, eliminando situaciones defectuosas;

c) el respeto por lo menos aparente, de los legítimos intereses de las partes;

d) el hecho de que también respeta los legítimos intereses de los Estados para regir la situación;

e) contribuyendo a la justicia formal en la solución de los conflictos de leyes, en cuanto esta solución no dependerá de la utilización de un punto de conexión abstracto sino de una conexión determinada en forma concreta.

Savigny pensó que toda relación tenía su sede en algún lugar, la cual se desprendería de la naturaleza de la relación jurídica, una noción algo abstracta y metafísica. El principio de proximidad, por su parte, no rechaza *a priori* la realización de un análisis de la naturaleza de la relación jurídica pero la estima insuficiente. Por ejemplo, el intercambio de dos inmuebles situados en dos países diferentes, celebrados entre dos personas domiciliadas también en países distintos.

A la apreciación abstracta de Savigny, el principio de proximidad lo sustituye por una definición concreta basada en el examen de los diferentes elementos de la situación, en su conjunto. Se considera que el principio es relativamente joven, su campo de aplicación principal es actualmente en el Derecho de los contratos internacionales. Pero puede llegarse a generalizar la aplicación del principio al estatuto personal y a las sucesiones.

El art. 9 de la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales* estipula que

> *Si las partes no hubiesen elegido el Derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en*

> *cuenta, todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos.*

El art. 14 de la ley suiza de derecho internacional privado de 1982 establece en la Sección 3 sobre Derecho Aplicable que

> *El Derecho designado por la presente ley excepcionalmente no será aplicable, si respecto del conjunto de las circunstancias, es manifiesto que la causa sólo tiene un vínculo laxo con ese derecho y que dicha causa se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro Derecho.*

## Relaciones entre ***forum*** y ***ius***

Hablar de las relaciones entre *forum* y *ius* implica hacer alusión a las relaciones existentes entre dos sectores de normas: aquéllas que regulan la competencia judicial internacional y las que determinan el Derecho aplicable. La doctrina -especialmente González Campos en la española- ha afirmado la existencia de una influencia mutua entre ambos grupos de normas, o sea, una influencia de la jurisdicción sobre la solución del litigio; y a la inversa, una influencia de la ley aplicable sobre la competencia judicial internacional. Esta correlación funcional en las soluciones a dar, obedece al hecho de que la respuesta a la solución a dar en uno de los sectores, produce un efecto inmediato –positivo o negativo y, por ende, favorable o desfavorable- en el otro grupo de normas, determinando la aplicación o no, por el juez, de su derecho o la competencia o incompetencia de los tribunales.

Las relaciones entre *forum* y *ius* obedecen al hecho de que el Derecho internacional privado constituye una estructura jurídica global o general, cuyos distintos elementos que la componen se hallan conectados mutuamente en atención a una regulación completa del caso multinacional. La intervención del juez en la realización del derecho privado implica que éste se encuentre invitado a apuntalar la obra del legislador, lo que, en principio, podría justificar la unidad entre la competencia judicial y la legislativa.

1) Puede existir un vínculo entre la competencia jurídica internacional y la aplicación por el juez de su propio sistema de derecho internacional privado. Una vez establecida su competencia, el juez aplicará las normas de Derecho internacional privado de su propio sistema. En este caso existe una dependencia cronológica entre *los* dos razonamientos: la competencia judicial es necesariamente previa a la solución del problema del Derecho aplicable, pero muchas veces no constituye sólo una dependencia cronológica sino una correlación de soluciones querida voluntariamente cuando se quiere exacerbar la aplicación de la ley nacional.

2) Por otro lado tenemos el caso de la competencia jurisdiccional dependiente de la *lex causae.* Es el criterio Asser, recogido por nuestro Código Civil en el inc. 1 del art. 2401 cuando establece que:

> *Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones*.

3) Puede existir un paralelismo establecido de una forma general o, en cambio, particular para cada caso concreto.

a) ***paralelismo general***: lo encontramos en el art. 2401 del apéndice del Código Civil uruguayo ya transcripto.

b) *paralelismo particular:* ocurre en la categoría sucesión donde se aplica “la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate” (art. 44 de los *Tratados de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 y de 1940), en virtud de lo cual “los

juicios a que de lugar la sucesión por causa de muerte, se seguirán ante los jueces de los lugares donde se hallan situados los bienes hereditarios" (arts. 66 y 63 de los Tratados mencionados).

Debe tenerse en cuenta que en este caso la correlación es sólo parcial, para esa categoría específica, pero no para todas las demás integrantes del sistema jurídico que contemplemos.

c) ***paralelismo coyuntural***: acontece cuanto nos encontramos ante reglas de conflicto dotadas de más de un punto de conexión, tanto para la elección de la ley aplicable como para la determinación del magistrado competente. En tal hipótesis, el paralelismo puede ser buscado por el operador jurídico, pero no está determinado previamente por la norma legal o convencional. Un ejemplo, lo podemos hallar en la *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias* en cuanto hay un abanico extenso de posibilidades para determinar el orden jurídico aplicable, y una solución similar para la selección del juez competente.

***Rechazo al paralelismo***. El paralelismo no es inevitable de acuerdo a la doctrina actual. La *Convención sobre el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales* advierte especialmente en la parte final de su art. 7 que "la selección de un determinado foro por las partes no entra necesariamente, la elección del Derecho aplicable".

Un ejemplo muy claro de esa ductilidad entre los campos del Derecho y de la jurisdicción, lo tenemos en los arts. 4 a 6 del *Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR*, de 1994, también llamado "Protocolo de Ouro Preto",

> *Art. 4. Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte del Tratado de Asunción darán cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por los jueces o tribunales de los otros Estados Parte, competentes en la esfera internacional, adoptando las providencias necesarias de acuerdo con la ley del lugar donde estén situados los bienes o residan las personas objeto de la medida.*
>
> *Art. 5. La admisibilidad de la medida cautelar será regulada por las leyes y resuelta por los jueces de los tribunales del Estado requeriente.*
>
> *Art. 6. La ejecución de la medida cautelar y su contracautela o garantías respectivas, serán resueltas por los jueces o tribunales del Estado requerido, según sus leyes.*

Un caso extremo de versatilidad en el campo procesal lo constituye el art. 9 del *Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo,* el que permite el juicio a distancia, o sea que cada parte podrá tener su día ante el tribunal de su propio domicilio, sin perjuicio de que la dirección última del proceso –y su solución- la tenga el juez internacionalmente competente.

> *1. En la medida que lo autoricen los principios esenciales y básicos del ordenamiento jurídico procesal del foro actuante, el proveedor podrá contestar la demanda, ofrecer pruebas, interponer recursos, así como realizar los actos procesales que de ellos deriven, ante los jueces de su propio domicilio, los que actuarán como requeridos, remitiendo la documentación al juez requeriente.*

# CAPÍTULO 10

# LA CALIFICACIÓN[161]

La ausencia de una comunidad de conceptos jurídicos. Al ingresar al Estudio del Derecho comparado hemos podido apreciar las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos, en cuanto a dar satisfacción a las mismas necesidades vitales de los individuos, diferencias que repercuten profundamente sobre la calificación de las instituciones y de las relaciones jurídicas. Savigny partía de la base de la existencia de una comunidad jurídica de convicciones o comunidad de naciones que se fortalecería con el transcurso del tiempo, presupuesto que luego pudo comprobarse no era posible de sustentar, porque su pensamiento se ubicaba en Europa continental. Bastaba cruzar el canal de La Mancha, para que la comunidad jurídica desapareciera; y con la adquisición de la independencia de los países colonizados, la tesis se volvió muy difícil de sostener. Al no existir una comunidad entre los diferentes órdenes jurídicos nacionales no era posible pensar en una doctrina con vigencia y alcance universal.

Esa falta de comunidad se vio agravada -y en cierto modo alentada - por la aparición de las codificaciones nacionales, que tendieron a crear polos normativos en cada país, abarcadores de toda una materia bajo el prisma de la perdurabilidad de la obra que se asumía. Los códigos se creaban para perdurar. Y, al momento de codificar, cada legislador se arrogó para sí la tarea de regular las relaciones jurídicas privadas internacionales sin estudiar debidamente si la categoría utilizada; si el punto de conexión seleccionado; o si la forma de calificar practicada, participaban de una regulación compartida sobre el ámbito internacional o, si era meramente el producto de un desahogo nacionalista.

¿Qué es calificar? En medio de todos estos inconvenientes se ubica el problema de la calificación. ¿Qué es calificar? ¿En qué consiste? La calificación no es otra cosa que una actitud mental, una operación intelectual a través de la cual comienza la regulación de los problemas de Derecho internacional privado que traen los clientes a nuestro escritorio.

Generalmente se dice que *antes* de buscar cuál es el Derecho aplicable nosotros debemos estudiar el caso multinacional que nos presenta el particular, hay que discernir todos los elementos que la componen, cuáles pueden ser importantes y cuáles debemos desechar para un enfoque adecuado desde el punto de vista del derecho internacional privado. Del análisis de todos esos datos va a surgir una determinada relación privada internacional, caracterizada de cierta manera. Una vez determinada su naturaleza nosotros le vamos a poner una "etiqueta" y la ubicamos dentro de la categoría correspondiente. Si es un problema de "forma de los actos", de una "sucesión", de "relaciones personales entre los cónyuges", procederemos a subsumir el caso concreto dentro de la categoría correspondiente, que a su vez forma parte de una regla de conflicto.

En realidad, *todo* profesional de Derecho parte *siempre* de una labor calificadora, cualquiera fuere la rama donde actúe. Por ejemplo, en Derecho interno, para saber si estamos ante un contrato de arrendamiento, debemos ver en qué forma fue entregada la cosa, si era para su uso y goce o para su cuidado y

---

[161] Puede profundizarse en el tema en Alfonsín, Quintín. *Teoría del Derecho Privado Internacional.* Montevideo. 1982; Rabel, Ernst. *La théorie des qualifications.* Revue de Droit Privé. XXVIII. P. 1 y ss. Álvarez González, Santiago. *Objeto del derecho internacional privado y especialización normativa.* Anuario de Derecho Civil. XLVI. 1993. Loussouarn, Yvon y Bourel, Pierre. *Droit International Privé.* 1980.

conservación, si hay una contraprestación en dinero, si hay obligación de devolverla, etc. Entonces, podrá ser un contrato de arrendamiento, un depósito o una compraventa. Una de las ramas del Derecho más estrictas en materia de calificación es el Derecho penal. Pero en definitiva, la actividad calificadora nosotros la cumplimos todos los días y a cada momento en cualquier área del Derecho. Luego de calificar a una relación como "un contrato de arrendamiento urbano", se la ubica bajo las normas contenidas en la ley No. 14.219. En este caso utilizamos los conceptos de nuestro propio orden jurídico.

Y en Derecho internacional privado pasa exactamente lo mismo, al estar dividido en categorías se hace necesario calificar al caso multinacional bajo análisis, en una u otra categoría, del conjunto existente en cada sistema de derecho internacional privado.

Como hemos visto, la calificación en sí misma no es el problema específico al Derecho internacional privado pero sí lo es el conflicto de calificaciones que se produce cuando diferentes ordenamientos jurídicos vinculados al caso -que expresan diferentes culturas jurídicas- intentan ubicar el caso privado internacional dentro de alguna de las categorías de su propio sistema. En tal hipótesis podemos observar que procediendo a un estudio de Derecho comparado, el contenido de las categorías varía en aspectos importantes de un orden jurídico a otro. Por ejemplo, las sucesiones son clasificadas en el estatuto personal en algunos países y aplicándoseles el punto de conexión "último domicilio del causante", tal como lo predicaba Savigny; o puede ubicarse parcialmente en el estatuto real para los bienes inmuebles, y bajo el estatuto personal para los muebles, solución propia de la doctrina estatutaria; o íntegramente en el estatuto real, como ha ocurrido con los países firmantes de los Tratados de Montevideo. ¿Calificaremos de acuerdo a los Tratados de Montevideo –si es que contienen alguna forma de hacerlo? ¿O de acuerdo al pensamiento de Savigny o al de los estatutarios?

Igualmente se ha citado en forma reiterada la hipótesis de la prescripción de un crédito contractual, debido a que en algunas legislaciones se la clasifica como integrando la categoría de los "contratos", y en algunos países del *common law*, como ingresando a la categoría "procedimiento". Es indudable que ello va a plantear un conflicto de calificaciones. Entonces, ¿cómo debemos calificar en tal caso?

La globalización. Al día de hoy, toda esta situación se ha visto agravada por la presencia de la globalización. ¿Cómo calificar cuando estamos en presencia de un conflicto de civilizaciones, más agudo aún, que una simple diferencia de contenidos entre órdenes jurídicos de una misma familia? ¿Es posible respetar a todos los ordenamientos jurídicos involucrados en el caso multinacional? Es un hecho de la realidad que el número de relaciones jurídicas que se han incluido en cada categoría varía de un Estado a otro, que no se efectúa de una forma análoga en todos ellos. Muchas veces pueden aparecer compartimentos idénticos en cuanto todos se denominarán: "capacidad", "forma de los actos", "sucesión", "poderes", etc.; pero ¿qué ocurre?, a veces no ubicamos las mismas relaciones dentro las mismas categorías. Corresponde reiterar entonces: aún cuando los Estados parezcan agrupar de un modo idéntico a todas las materias jurídicas objeto de las categorías y utilizar los mismos puntos de conexión, las soluciones a que nos conduce la regla de conflicto pueden variar debido al hecho de que el contenido de cada categoría no es el mismo de un orden jurídico nacional a otro (en extensión y en sustancia), pues cada categoría se encuentra limitada por las otras, dentro de cada orden jurídico (por ejemplo, la capacidad y el consentimiento pueden estar reguladas en forma separada, al igual que la compraventa, la tradición y el precio, etc.).

La calificación en la escuela estatutaria del mediodía francés. El problema de cómo calificar se presentó en la etapa estatutaria tardía. A Charles Dumoulin –quien tenía una base estatutaria innegable- se lo calificó como un innovador, cuando en el año 1525 se le realizó una consulta sobre los esposos De Ganey, procediendo a llevar a cabo una tarea de calificación. Él razonó de la siguiente manera: los cónyuges no pactaron capitulaciones matrimoniales, por lo cual no ejercieron la autonomía de la voluntad a la que estaban facultados, por tanto, la ubicamos dentro de la categoría "régimen legal de bienes en el matrimonio". Según él, los esposos habían consentido en forma tácita la aplicación del estatuto de la ciudad de París. De este modo, Dumoulin superó la etapa del análisis del caso concreto y logró aislar el problema de las calificaciones sistematizando el procedimiento, lo que ha permitido medir la importancia del problema.

***Los tres casos clásicos presentados por Etiènne Bartin***

El tratamiento científico de la calificación se vincula a dos especialistas: a Etienne Bartin, quien lo planteó en un artículo publicado en el año 1897 y desarrolló posteriormente en sus *Estudios de Derecho Internacional Privado* durante su curso en La Haya. Antes que él –en 1891- el alemán Franz Kahn ya había examinado el problema bajo el nombre de "conflictos latentes". Como puede observarse, ambos trabajos doctrinarios se presentaron unos años después de la aprobación de los Tratados de Montevideo de 1889, ante lo cual podemos exculpar a estos Tratados de la omisión del tema de la calificación. Bartin analiza 3 casos clásicos o *leading cases*, donde él vio la presencia de un conflicto de calificaciones:

1) Sucesión del maltés: dos cónyuges anglo-malteses se habían casado en la isla de Malta –colonia inglesa en ese entonces- donde habían establecido el primer domicilio matrimonial y, posteriormente emigraron a Argelia –colonia francesa en la misma época- donde el marido murió luego de unos años. La ley anglo-maltesa establecía para el cónyuge supérstite "la 4ª del cónyuge pobre". El matrimonio había adquirido bienes en Argelia y la viuda pretendía hacer valer sobre los bienes raíces argelinos "la 4ª del cónyuge pobre" del Derecho anglo-maltés, institución que resultaba desconocida para el Derecho francés, el cual recién legisló la porción conyugal en el año 1891.

El problema consistía en saber si "la 4ª del cónyuge pobre" era un derecho matrimonial para el cónyuge que quedaba vivo -para el cónyuge supérstite- y por tanto la pretensión había que calificarla dentro de la categoría "régimen de bienes en el matrimonio", lo cual llevaba a la aplicación de la ley anglo-maltesa por ser la ley del primer domicilio matrimonial.

O si, por el contrario, su pretensión era medularmente un derecho sucesorio, que tenía que hacerse valer dentro de la categoría "sucesión", regida en este caso, por la ley de situación de los bienes, por lo que tratándose de bienes raíces debía regirse por la ley francesa.

*De cómo califiquemos dependerá la ley aplicable.* Acá se percibe la importancia del problema. De ello dependerá la suerte de la pretensión de la viuda. Calificada como régimen matrimonial se aplicará la ley maltesa y tendrá el beneficio de "la 4ª del cónyuge pobre", y calificándola como sucesión no, porque en Francia esa distinción no existía.

2) Testamento del holandés: ocurría muy a menudo en la práctica. El art. 992 del C.C. holandés prohibía terminantemente a los holandeses otorgar un testamento ológrafo y se consideró que dicha prohibición tenía fuerza, aún cuando el holandés lo otorgara fuera de Holanda. En cambio, en Francia, el testamento ológrafo era permitido e incluso, era la forma de testamento más usada. El problema surgió

cuando holandeses que estaban en Francia decidieron otorgar un testamento ológrafo allí. Es fundamental determinar si ese testamento cae bajo la regulación de la ley francesa –que lo valida- o bajo la ley holandesa –que lo anula- pues esta última exigía acto auténtico.

La pregunta es la siguiente: ¿el carácter ológrafo de un testamento, es una cuestión de forma o de fondo? Si fuera un problema de "forma" sería competente la ley francesa, porque en las dos legislaciones regía el principio *locus regit actum.* Por el contrario, si consideramos que la prohibición obedece al deseo de instaurar una protección al otorgante para que éste no se vea presionado a realizar una disposición de última voluntad, parecería que estamos dentro de la categoría "capacidad" o más específicamente "consentimiento"; que probablemente se regule igual, pero de ninguna manera podemos ubicarla dentro de la de "forma de los actos". Si la catalogamos como un problema de "capacidad" o de "consentimiento", entonces estaría regida por la ley nacional del testador, principio común a los dos Derechos, por lo cual el testamento sería nulo.

3) El matrimonio del griego ortodoxo: en el caso Caraslanis –un griego de religión ortodoxa- quien se casó *civilmente* en Francia con una francesa, único tipo de matrimonio válido en ese país, como también en Uruguay. Pero, como era de nacionalidad griega, la ley griega establecía para sus nacionales el matrimonio *religioso* como único matrimonio válido.

¿La exigencia de la celebración religiosa de un matrimonio debía considerarse como una cuestión de forma o como una cuestión de fondo? Si se la considera una cuestión de "forma", el problema cae bajo la competencia de la *lex loci celebrationis*, una variedad del principio *locus regit actum*, admitido ampliamente para el caso, por los Tratados de Montevideo y nuestro Código Civil. Sería aplicable, en consecuencia, la ley francesa y el matrimonio sería válido.

Por el contrario, si se la considera como una cuestión de fondo, estaría sometida a la ley nacional del contrayente, por lo que siendo competente la ley griega, el matrimonio realizado bajo la forma civil sería absolutamente nulo y de ningún valor o efecto. El Derecho griego ubica al matrimonio como una institución de naturaleza sagrada, como un sacramento, cuestión de fondo que integraba el estatuto personal. En cambio para el Derecho francés, era una cuestión de forma. Como es sabido, la jurisprudencia francesa practicó una calificación *lege fori* y consideró el problema –la celebración del matrimonio ante un Oficial del Registro del Estado Civil- como una pura cuestión de forma, sometida en consecuencia, a la ley del lugar de celebración, o sea a la ley francesa.

Estos ejemplos presentados por Bartin nos demuestran claramente las consecuencias perniciosas del carácter nacional de las normas de derecho internacional privado, del efecto nocivo que produjeron las codificaciones nacionales sobre las normas de derecho internacional privado, debido a la falta de preocupación del legislador nacional de colocarse en el papel de un legislador supranacional, como lo querían Kopelmanas y Georges Scelle.

Por tanto, se llama "conflicto de calificaciones" a la divergencia de contenidos y de extensiones, entre las categorías de Derecho internacional privado del foro y las categorías de Derecho internacional privado de otros sistemas extranjeros con los que el caso multinacional se encuentre en contacto. Ello se presenta en las normas nacionales de Derecho internacional privado, pero también en aquellos Tratados que no contengan directivas de cómo calificar.

## LAS TÉCNICAS PROPUESTAS PARA CALIFICAR

Puede observarse entonces, que el conflicto casi siempre está presente y ello puede ser fácilmente percibido. Planteado un conflicto de calificaciones debemos ver cómo vamos a resolverlo, qué técnica vamos a utilizar para realizar una calificación adecuada. Y, en última instancia, si realmente existe una calificación absolutamente apropiada.

El ideal sería que el contenido y la extensión de las categorías fuera uniforme para todos los Estados. Pero ello no es posible. Entonces, debemos preguntarnos ¿dentro de qué sistema jurídico efectuaremos la calificación? ¿En qué Derecho debemos buscar los conceptos jurídicos que nos va a permitir calificar? Y, en última instancia, ¿será necesario u obligatorio ubicarnos bajo un orden jurídico estatal para proceder a esa operación, o podemos sustraernos de él?

### I
### Propuestas de calificación basadas en los conceptos proporcionados por los Derechos internos

#### 1) Calificación ***lege fori***

Cuando Franz Kahn y Etienne Bartin estudiaron por vez primera el problema de los conflictos de calificaciones ambos -sin saber lo que hacía el otro- dieron la misma respuesta: *el juez debe calificar y el profesional debe calificar, según las concepciones, de acuerdo a los conceptos jurídicos que le proporciona su propia ley: la ley del foro.*

Así, en el caso del testamento ológrafo del holandés, si se ventila el asunto ante un juez o un profesional franceses, éstos deberán tomar en cuenta únicamente los conceptos de la ley francesa. Para ellos, todo el problema de la calificación se ciñe a *indagar la voluntad del legislador (nacional) que redactó la regla de conflicto* (porque la categoría integra la regla de conflicto). Y esa regla de conflicto a consultar o a hacer funcionar, no puede ser otra que la del foro.

El juez francés deberá referirse a los conceptos que le da el Derecho francés. El juez argentino a los conceptos que le proporciona el Derecho argentino. Y el juez uruguayo a los conceptos que emergen de nuestro propio ordenamiento jurídico.

Es la posición del Código Bustamante en el caso de ausencia de una calificación realizada por el propio Tratado. El art. 6 expresa lo siguiente:

> *En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados Contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones y relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el art. 3.*

O sea que, si el propio Código no practica una calificación autónoma, se concluirá en que la única calificación posible es de acuerdo a la ley de cada Estado Parte.

#### Argumentos a favor de la calificación ***lege fori***:

1) Para algunos, el fundamento se encuentra en la idea de soberanía, que fue uno de los argumentos invocados por Bartin. Ha sido la ideología aceptada por los Tratados de Montevideo, por lo que cabe suponer que estos Tratados -si el tema se hubiera planteado- se habrían inclinado hacia una calificación *lege fori.*

2) Pero, más allá de eso, parece evidente que hay necesidad de investigar cuál es el sentido de la regla de conflicto, averiguar qué quiso el legislador cuando elaboró la regla de conflicto. Por eso hoy día, se piensa que más que un problema de soberanía, la calificación constituye un problema de interpretación de

la regla de conflicto: indagar de dónde extraer los conceptos y hasta dónde es posible apartarse de los conceptos de Derecho interno. La interpretación de las reglas de conflicto nacionales -en nuestro caso las uruguayas- no puede realizarse sino en relación con el orden jurídico uruguayo. Hay que respetar la integridad y la coherencia propia de todo orden jurídico, que se perdería al utilizar conceptos propios de otros órdenes jurídicos. Se trataría de una regla de oro defendida por nuestro Maestro Quintín Alfonsín.

3) Además, el juez es un funcionario público, sometido a un determinado ordenamiento jurídico dentro del cual trabaja. Por tanto, está obligado a respetar sus propias reglas de conflicto y, más que eso, a respetar los conceptos jurídicos que emanan de su Derecho interno, que son las que además informan a su propio ordenamiento jurídico.

4) Entonces, según esta teoría, debemos realizar una calificación *in ordine. El sentido de la norma jurídica uruguaya sólo puede ser pedido a la propia ley uruguaya*. Es por ello indiscutible que el juez debe recurrir a la ley del foro, que será la que determinará la extensión de las categorías del Derecho internacional privado, con la finalidad de realizar la calificación deseada, extrayéndolas de las nociones propias del Derecho interno y aplicable a las relaciones puramente internas.

5) Por último, hay un fundamento basado en un razonamiento lógico. *Como todavía no hay una ley designada para regular el fondo del asunto ninguna ley extranjera tiene autoridad para imponerse en el tema de la calificación*. Si la calificación constituye *un paso previo* para la determinación de la ley aplicable ¿cómo vamos a preguntarle a una ley extranjera –cualquiera que ella sea- si esto es una cuestión de "sucesión", de "bienes" o de "contratos", si aún no hemos salido de ese paso previo que es el de la calificación? Resulta contrario a la lógica conflictual acudir a la noción de capacidad emergente del Derecho que será eventualmente aplicable de acuerdo a la regla de conflicto. En tanto el problema *previo* no esté resuelto, el juez deberá razonar únicamente con los conceptos que surjan de su propia ley. Resolverlo de acuerdo a una ley extranjera –cualquiera que ella fuera- sería caer en el círculo vicioso ya señalado. El juez debe dirigirse a la ley del foro, porque además con un criterio lógico, no puede dirigirse a ninguna otra ley. En síntesis: toda otra calificación que no sea *lege fori* supone resuelto el problema de la ley aplicable antes de resolverlo efectivamente.

6) En los casos donde existan Tratados o Convenciones debe descartarse, en la medida de lo posible, la calificación *lege fori*, porque de lo contrario el Tratado perdería su uniformidad de aplicación y cada Estado Parte calificará en forma totalmente libre el caso multinacional, lo cual podría inducir a hacer aplicables distintos ordenamientos jurídicos para regular la relación: No habría una uniformidad calificadora. En estos casos corresponde recurrir a la intención común de los negociadores aunque muchas veces los propios Tratados dan sus propias calificaciones.

El Código Bustamante de 1928 contiene el art. 6, que da una solución supranacional al problema de la calificación, sólo propiciando una calificación *lege fori* cuando el Tratado no da una calificación autónoma.

La *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979 obvió el problema de la calificación y también el del reenvío.

Obsérvese que, aún cuando las reglas de conflicto fueran todas iguales para todos los Estados, si no se define bien la categoría –su esencia y sus límites- y cómo calificar, cada juez calificará a su manera, de forma divergente la mayor parte de las veces. La tendencia inicial será pedirle al Derecho interno del foro

todas las definiciones y las clasificaciones de las instituciones jurídicas que éste tenga. Llegamos a una conclusión producto más de la resignación que de la convicción.

Sin embargo, en la actualidad, los partidarios de la calificación *lege fori* adoptan una posición más matizada: consideran que en ciertos casos la ley extranjera puede llegar a cumplir un papel de importancia en el tema de la calificación. Por ello hoy se piensa que las categorías dentro de las cuales pueda llegar a ser ubicada la institución no son necesariamente tal cual las plantea el Derecho interno, sino que estas últimas pueden verse deformadas o adaptadas, de conformidad con la naturaleza internacional de la relación jurídica privada, con la finalidad de recoger aquellas instituciones extranjeras que cumplan la misma función, y que en un sentido estricto no podrían entrar dentro de las categorías estrechas del Derecho interno. Por ejemplo, el matrimonio poligámico en líneas generales estaría cumpliendo las mismas funciones que un matrimonio monogámico. De todos modos el problema sigue subsistente, en cuanto hay que saber en qué medida debemos ampliar los conceptos categóricos del foro y en base a qué criterios. ¿El límite podría ser el orden público internacional, en cuanto no deberían afectarse los principios esenciales del orden jurídico del foro?

El problema de calificar instituciones desconocidas en el foro. La calificación *lege fori,* sin embargo, tiene un inconveniente: ella no es operativa cuando se quieren calificar "instituciones desconocidas en el foro". El juez francés de Argelia, cuando la viuda le reclamó "la 4ª del cónyuge pobre" no se dirigió a la ley anglo-maltesa para saber lo que la viuda estaba pidiendo sino que ubicó la cuestión bajo la ley francesa y con este enfoque la calificación *lege fori* es imposible, en cuanto el foro no daba ninguna respuesta al respecto.

***Criterio de Batiffol***. Cuando el juez nacional califica a una institución extranjera debe analizarla a fondo con el objetivo de desprenderle *los rasgos esenciales* que ella tiene, de forma de apreciar claramente *cuál es su naturaleza* y juzgar en qué categoría del foro conviene ubicarla cuando no contiene la categoría propia de la institución extranjera. Batiffol considera que si estamos ante una "institución desconocida en el foro" dicho análisis sólo puede realizarse haciendo referencia a la ley extranjera, que es la ley orgánica de la institución: la que la creó, la organizó, la reconoció y la tuteló. En los casos de instituciones desconocidas, la ley francesa no puede definirlas pues no las conoce[162]. Batiffol considera por tanto, que en estos casos la calificación debe comportar una doble fase:

a*) una fase de análisis:* donde el juez debe analizar a la ley extranjera y desprender los rasgos esenciales del instituto, donde más que a la estructura habrá que *examinar la función que cumple*. Considera que esta etapa debe ser manejada *lege causae.* Por ejemplo, "la 4ª del cónyuge pobre" sólo puede ser analizada haciendo referencia a la ley maltesa que fue la que la creó, como modo de saber si era una asistencia para el cónyuge que quedaba viudo o un derecho de propiedad sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio; y

b) *una fase de juicio:* que es de competencia de la *lex fori*. Luego de apreciar sus rasgos esenciales y definitorios, el juez decidirá si integra esa institución dentro de "los regímenes patrimoniales del matrimonio" o dentro de "los regímenes sucesorios". El juez no está sometido a la opinión del legislador extranjero. Si éste la ubicó en otra categoría esto no le interesa, el estudio de la función sólo nos dará el

[162] Battifol, Henri. *Aspects Philosophiques du droit international privé.* Paris. 1956. p. 19 y ss.

enfoque, el perfil; pero la categorización real y efectiva la realiza el foro. Raape decía que "el Estado extranjero caracteriza a las normas, pero el foro es el que las clasifica (califica)".

## 2. La calificación ***lege causae***

La calificación *lege fori* tiene el inconveniente de que provoca el aislamiento jurídico, en cuanto conspiraba contra lo que soñaba Savigny, que era la conformación y el fortalecimiento de una comunidad jurídica de convicciones, indispensable para asegurar que la relación jurídica tuviera un tráfico internacional sin tropiezos. Calificando de acuerdo a la ley del foro cada Estado se encontraba encerrado dentro de sus propias concepciones y era difícil permitir el ingreso de instituciones aunque más no fueran algo diferentes. En definitiva, una calificación *lege fori* estricta, cristaliza las diferencias en lugar de minimizarlas.

La calificación *lege causae* consiste en pedirle que califique la relación privada internacional, al Derecho extranjero eventualmente aplicable a la relación. Por ejemplo, en el caso del testamento del holandés cuyo cuestionamiento judicial se realiza en Francia, una calificación *lege causae* sería así: regir la capacidad del holandés pertenece al Derecho holandés, debemos referirnos entonces, a los conceptos que nos proporciona el mencionado orden jurídico. La categoría "capacidad" debe ser definida por ellos mismos. Si el art. 992 del CC holandés lo considera un problema de capacidad sería desnaturalizar la regla de conflicto atribuyéndole una naturaleza diferente.

La calificación *lege causae* presenta grandes obstáculos, principalmente los que parten de su razonamiento lógico. La aplicación del Derecho holandés es eventual y dependerá, precisamente, de la calificación que sea hecha. Estamos anteponiendo la carreta a los bueyes. Los *lege foristas* consideran que se caería en un círculo vicioso.

## 3) La calificación sugerida por el Profesor Alfonsín

Alfonsín decía que el orden jurídico de cada país al cual pertenecen las normas de conflicto puede tener dos medios para determinar el alcance de las categorías y para introducir a la relación en una de ellas:

a) *un medio directo:* que aparece cuando el orden jurídico nacional declara expresamente qué alcance extensivo tienen las categorías, lo cual puede llevarse a cabo mediante definiciones preceptivas; enumeraciones taxativas, normas constitutivas, discusiones previas, etc. Es poco usual.

Cuando ello no es posible, se buscará la analogía con la *lex fori*, no tomándola al pie de la letra sino en forma amplia. Según nuestro modo de ver, deberíamos buscar una analogía con normas de Derecho internacional privado ya existente en el ordenamiento jurídico antes que recurrir a las normas nacionales, y que oficiarían como doctrina más recibida.

b) *un medio indirecto:* ocurre cuando el orden jurídico nacional se abstiene de determinar el alcance extensivo de la categoría y de definir su sustancia, pero indica qué norma lo declarará. En algunas Convenciones se establece alguna forma de calificación indirecta. Por ejemplo, en el art. 7 de la *Convención Interamericana sobre cheques* donde se establece que la naturaleza del documento emitido será considerado como cheque o no según la ley del lugar de pago.

O la de los Tratados de Montevideo, que establece que la naturaleza mueble o inmueble de un bien se determinará de acuerdo con la ley del lugar de su situación. (art. 26 y 32 respectivamente, de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940).

O la calificación de persona jurídica proporcionada por la Convención Interamericana de 1984, que atiende a los dos criterios en el art. 1 (al convencional y al interno de cada Estado Parte).

## II
## Un intento de acudir a conceptos autónomos y universales extraídos de las legislaciones estatales: Ernst Rabel

La ocurrencia de reflotar la idea de un fondo común de conceptos jurídicos de la que partió Savigny en realidad no había muerto. Un investigador alemán partió de la investigación de los órdenes jurídicos estatales, pero con la finalidad de trascenderlos. El comparatista Ernst Rabel percibió los beneficios de aplicar este Derecho al problema de la calificación.

Sostuvo que el juez no debía quedar prisionero de calificar acudiendo sólo a los conceptos de una ley estatal. El juez debía desprenderse de su aislacionismo, utilizando conceptos autónomos dotados de un alcance universal. Para ello deberá acudir al método comparativo, único método hábil del cual surgirán conceptos autónomos, diferentes de los conceptos de Derecho interno.

Argumentó que un uso frecuente de este método suprimiría los conflictos de calificaciones, en la medida que los diferentes jueces nacionales utilizarían las mismas pautas que pudieran extraerse de su aplicación. Además contribuiría a no desnaturalizar las instituciones extranjeras que resulten desconocidas en el foro; aquellas instituciones que resulta imposible ubicar en las categorías que pueda tener la *lex fori.* Por ejemplo, el caso del *trust* del derecho anglosajón, que es desconocido en el continente europeo.

La utilización del Derecho comparado –aduce Rabel- tiene la ventaja de "limpiar" a ciertas instituciones de todas aquellas "impurezas" que le provoca su contacto con los derechos nacionales, permitiéndonos investigar "la esencia" de cada institución. Se va a lo medular de cada una. Por ejemplo, Batiffol señala que en todas partes del mundo los hombres nacen, crecen, se casan, se reproducen, enferman y mueren. Para saber si el juramento ante un árbol sagrado es un "matrimonio" o un "concubinato de hecho", debemos recurrir al estudio de la función que cumple dicha unión. Si es la de crear un vínculo estable con una finalidad de procreación para perpetuar la especie y con la característica de la singularidad, estaríamos ante un "matrimonio", *se llame como se llame*, se denomine como se denomine, aún cuando la "etiqueta" en ese derecho polinesio sea la de "concubinato".

El estudio del Derecho Comparado tiene un efecto bienhechor puesto que contribuiría a una mayor extensión de los límites de las categorías del Derecho interno, a una deformación en el sentido de una ampliación de sus límites. Por ejemplo, el "matrimonio" no será únicamente el contraído ante un Oficial del Registro del Estado Civil, sino también el celebrado ante una autoridad religiosa, el poligámico, el consensual, etc. Ello permite juzgar y resolver el cariz que tienen los institutos extranjeros cuando se ventilen ante nuestros jueces. A nadie puede caberle alguna duda que el matrimonio poligámico es realmente un matrimonio.

### Críticas a la propuesta de Rabel

*Razones prácticas.* Se le impone al juez una tarea imposible de cumplir. Normalmente, al juez le faltan elementos de información, le falta tiempo, etc.

*Razones de objetividad.* Y, aún cuando los tuviera, su tarea no estaría exenta de un gran subjetivismo cuando tenga que conectar el hecho litigioso a un denominador común que ha *seleccionado él mismo.*

*Razones sociológicas.* Además, las instituciones creadas por el hombre responden a preocupaciones antropológicas profundas. Una regla obtenida simplemente mediante un estudio del Derecho Comparado sería una regla privada del sentido de vida, de la *ratio*, del soplo vital que le imprimió la sociedad que la creó. Como ocurre con todas las normas jurídicas éstas son una respuesta cultural al entorno y la solución de Rabel luce demasiado aséptica para ser tomada en cuenta en un cien por ciento. ¿Se puede interpretar adecuadamente una institución sin el enfoque que le da legítimamente cada cultura? A este problema se enfrentan aquellos países que tienen poblaciones aborígenes cuando intentan castigar a aquellos que han cometido "delitos" según la cultura occidental, y en cambio se trata de una conducta perfectamente lícita de acuerdo a su propia cultura, y no comprende –en el sentido literal del término- por qué está preso. De todos modos, los puntos de vista de Rabel sirven para ampliar, en alguna medida, las categorías del foro, atendiendo a la naturaleza internacional de la relación jurídica. Pero, utilizada como una técnica única, la calificación sobre la base de conceptos autónomos y universales propiciada por Rabel se presenta bastante irreal.

## III
## La calificación libre propuesta por las nuevas tendencias

¿Realmente existe un modo de superar las sumisiones nacionales o estatales sin caer en una asepsia total? Han surgido algunas concepciones doctrinarias angloamericanas y europeas que han hecho abstracción radical de la calificación como la teoría de Brainerd Currie, con la búsqueda de las políticas estatales subyacentes en las normas conectadas o involucradas en el caso concreto, que ya analizamos en el Capítulo 2.

Fuera de ellas, la tarea de calificar puede variar mucho, según nos encontremos ante una regla de conflicto clásica, diseñada presumiendo un conflicto de soberanías; o ante una regla de conflicto flexible, sustentada en políticas o valores determinados.

***La calificación en la regla de conflicto clásica.*** En la primera hipótesis nos hallamos ante una norma rígida, inflexible en su funcionamiento, que exige *primero* calificar para *luego* pasar al punto de conexión –que generalmente será uno solo- el cual nos enviará al Derecho sustantivo aplicable. En el funcionamiento de esta regla de conflicto *no es posible pensar en retrocesos*, éstos eran impensables. Salvo ante un caso grave del ataque al orden público internacional por parte de la resolución adoptada al amparo del Derecho extranjero, en la medida que resulte afectada la individualidad jurídica del país. Pero en tal caso, no sería un retroceso sino más bien, un repudio a la solución o a la designación dada por la regla de conflicto.

Se trataba de una visión publicista de un derecho internacional privado como un Derecho de los conflictos entre órdenes jurídicos estatales y, *donde la regla de conflicto clásica funcionaba como un canal con esclusas, demasiado estrecho, que obliga a ir siempre hacia delante, sin poder detenernos para reflexionar y, para permitir re-plantearnos (volver a examinar) la situación.*

La concepción clásica ve a la escena internacional como conformada por compartimentos estancos –los órdenes jurídicos estatales- que cubrirían todo el orbe: si la relación jurídica no se localiza en uno de los compartimientos, inevitablemente la habremos de ubicar en el otro. Con ello se consumaba una gran injusticia, según Alfonsín, en cuanto se nacionalizaba a una relación jurídica privada que por su naturaleza era internacional. En la actualidad, si bien los *legge foristas* de la actualidad aconsejan ampliar

la extensión y el contenido de las categorías de derecho internacional privado del foro –ampliándolas, deformándolas- pero no dicen cómo hacerlo, como practicarlo. Sobre este punto será necesario llevar a cabo una intensa investigación científica.

***La calificación en la regla de conflicto que persigue valores o que se flexibiliza.*** El epicentro del tema de la calificación –e incluso su ubicación sobre el plano temporal- cambia profundamente cuando nos vamos alejando de la regla de conflicto clásica y nos introducimos en otro tipo; cuando la regla de conflicto se mestiza mediante la incorporación de valores sustantivos a defender, a perseguir o, a aplicar en el caso concreto. Ello repercute sobre la concepción del derecho internacional privado, que ya no se mira como una rama del Derecho destinada a resolver los conflictos de leyes y de jurisdicciones sino que resuelve "la duda" sobre el Derecho aplicable o, la indagación de "una solución adecuada" a una situación problemática de Derecho privado sobre el plano internacional. En estas situaciones el caso multinacional es observado de una manera menos abstracta y más abierto a otras influencias. Contamos con dos ejemplos.

El art. 14 del Código de Derecho Internacional Privado suizo considera que:

> *El Derecho designado por la presente ley excepcionalmente no será aplicable, si respecto del conjunto de las circunstancias resulta manifiesto que la causa sólo tiene un vínculo muy laxo con ese Derecho y se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro Derecho.*

Y el art. 9 de la Convención Interamericana sobre contratos afirma lo siguiente:

> *Si las partes no hubiesen elegido el Derecho aplicable, o si su elección resultare ineficaz, el contrato se regirá por el Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.*
> *El tribunal tomará en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.*

Con estas nuevas técnicas el problema de la calificación puede reaparecer nuevamente –quizás infinidad de veces- aún luego de tener bastante claro cuál es el Derecho aplicable. Entonces, *la primera calificación nunca será considerada como la última etapa, la definitiva*. Y ello se debe a que la regla de conflicto es considerada más como "un modelo", como "una pauta" o "propuesta de conducta", que como una norma jurídica, en el sentido de estar dotada de una autoridad fuerte.

Hasta que no se dicte una solución final y definitiva, siempre existirá la posibilidad de volver a re-pensar la situación problemática internacional bajo todos sus aspectos. Los iniciales y los que surgieron en el transcurso del examen. Se opera un movimiento de vaivén -de va y viene, de ida y de regreso, buscando parecidos y diferencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos conectados o involucrados con la hipótesis- hasta lograr los ajustes necesarios que puedan satisfacer a todos los sujetos y órdenes jurídicos involucrados. Bajo esta actitud se destierra el lema clásico que "la calificación es una actividad previa a la determinación del Derecho aplicable".

Esta corriente se pregunta lo siguiente: ¿por qué debemos tener como punto de referencia a los conceptos del foro si la relación *es una relación privada internacional* que mantiene contacto con varios órdenes jurídicos y, por tanto, no le "pertenece" enteramente a ninguna? Puede ocurrir que el contacto que detente con el foro no sea tan importante como alguno otro de otro orden jurídico. ¿Por qué no tomar en consideración a todos los Derechos involucrados? ¿Por qué no tomarlos a todos en cuenta con el único límite de no afectar los principios de orden público internacional del foro y sus normas de aplicación inmediata? Intentando respetar a todos los órdenes jurídicos involucrados *para que realicen la tarea colectiva de calificación*, es que se presentan las nuevas teorías. Veamos las nuevas tendencias:

1) ***La corriente angloamericana representada por Singer.*** Singer parte en primer lugar, de una materialización pura, donde se renuncia a una localización, a una centralización de la relación jurídica. Se ingresa en un sustantivismo puro fuera de todo conflictualismo, donde excluye totalmente la idea de darle prioridad a las operaciones de calificación estatal. Para ello se sigue el siguiente camino:

-- *hay que investigar todos los puntos de contacto, tomando en cuenta todos los Derechos involucrados en el caso multinacional*, para corregir la respuesta material operada en virtud de la localización;

- *hay que evaluar cuáles fueron las expectativas de las partes* investigando la solución más apropiada al caso o, la política que se justifique mejor;

- *hay que evitar cualquier actitud de discriminación*: política, personal, social, jurídica, de valores, etc.; o dicho de otro modo, hay que propender a la mayor tolerancia en todos los aspectos;

- *hay que valorar los objetivos que persigue en la hipótesis la comunidad internacional*;

- *ha que tender a la armonización de las soluciones posibles*.

Este procedimiento nos demuestra algo: que la calificación y la interpretación no son operaciones a realizar únicamente por el operador –juez o profesional del Derecho- sino *también* por los particulares interesados, y donde además, influyen muchos elementos, tanto nacionales como internacionales.

2) ***La corriente europea de los dos escalones***

Las nuevas corrientes en Europa imponen limitar la calificación al horizonte normativo compuesto por los Derechos conectados con el caso. Parten de la localización para luego proceder a operar las correcciones materiales que sean indispensables o exigidas por la presencia del elemento internacional.

En tal caso *se tomará en cuenta una normativa distinta a la designada por la regla de conflicto del foro, con el objetivo de integrarla como un dato suplementario para la interpretación de la ley material (del foro) competente*. O sea que una vez designado el Derecho aplicable por la norma indirecta la labor no debe terminar ahí, sino que hay que volver a tomar en cuenta los Derechos extranjeros conectados, pero en este caso para *realizar una transformación de las normas materiales aplicables*, con el objetivo de cumplir con la finalidad perseguida por cada una. De esta manera la categoría propuestas (o impuesta) por el foro se vería ampliada con el contenido de las normas extranjeras conectadas. Pero la ampliación procederá en cada caso concreto, ya no habrá que realizar una ampliación abstracta y *a priori* como sostenía Rabel.

Ante esta propuesta teórica los puntos de conexión pierden el carácter relevante que tenían *prima facie*, puesto que si bien se ha tomado en cuenta uno solo –o, a lo sumo dos- con la finalidad de determinar el Derecho aplicable, luego de realizada la operación *todos* los Derechos conectados deberán volver a la mesa del operador jurídico, para *compartir* la tarea de calificar la relación privada internacional. Es una forma inteligente que marca un gran progreso dentro de la corriente conflictualista. Entre una y otra teoría simplemente están separadas por una cuestión de grado, porque en definitiva será el juez del foro a quien se le adjudicará la tarea de calificar.

La crítica realizada por Alfonsín -de que la aplicación de la regla de conflicto clásica al determinar el Derecho aplicable provoca la homogeneización de la relación privada internacional con las de Derecho interno, por la aplicación de una calificación *lege fori* estricta- ya no sería de recibo puesto que mediante esta estrategia se volvería a convocar a los otros Derechos involucrados una vez seleccionada el Derecho aplicable, manteniéndose sobre el tapete la consigna de respetar la heterogeneidad del caso concreto.

Esta solución significa un progreso respecto de Ernst Rabel, en cuanto no habrán de mirarse todos los Derechos del mundo sino aquellos involucrados y, no sólo ellos, sino también los intereses de los propios particulares involucrados, los principios generales vigentes en la materia, etc. Es un enfoque mucho más abierto pero, a la vez, más circunscrito que el sugerido por el comparatista alemán.

Álvarez González señaló con acierto, que no es necesario que el orden jurídico de un Estado dé una orden para tener en cuenta al Derecho extranjero desechado, por cuanto, en la etapa de la calificación será utilizado sólo como *un dato* que coopera en una interpretación que tendrá la calidad de heterogénea La norma extranjera no es aplicada en un sentido estricto sino únicamente "tomada en consideración", "tomada en cuenta", en el proceso interpretativo del sentido y alcance de las relaciones jurídicas a regular; del ámbito de cada categoría en suma. Se supera de este modo las críticas realizadas a la calificación *lege causae.*

***Crítica a la teoría.*** La crítica que puede hacérsele es que, al igual que en la adaptación, el juez actúa como un creador del Derecho más que como un aplicador, por cuanto si la norma del foro está obligada a tener en cuenta los datos interpretativos del Derecho extranjero no es, propiamente, la norma tal cual como figura en los textos escritos. De todos modos, el juez puede actuar sin problema alguno en aquellos casos donde tenga la libertad suficiente para hacerlo. Ello será posible cuando, del texto indicado como aplicable, emerja un valor a consagrar o una política muy fuerte a defender (el interés del menor, la dignidad del anciano, etc.).

## IV
## ¿Es legalmente obligatoria la elección de una técnica calificadora?

Sobre el plano internacional, los Tratados de Montevideo de 1889 o de 1940 no mencionan de qué forma debemos calificar, de dónde extraer los conceptos y cómo proceder. Pero, teniendo en cuenta que su base filosófica se apoya en la idea de que el derecho internacional privado resuelve un conflicto de soberanías entre Estados respecto de las relaciones privadas internacionales, es fácil suponer su inclinación basada en los conceptos del foro de cada Estado Parte. Más allá de estos Tratados, el Código Bustamante de 1928 contiene el art. 6 que hemos reproducido en páginas anteriores.

En cuanto a nuestras normas nacionales de derecho internacional privado no imponen la adopción de una determinada técnica calificatoria o clasificatoria; casi ningún orden jurídico lo hace. La doctrina se ha inclinado por basarse primordialmente en la *lex fori* y luego ampliar la extensión de las categorías recurriendo al Derecho Comparado.

Alfonsín sostuvo que hay que delimitar las categorías con la mayor precisión posible y para su interpretación debemos recurrir al método directo o indirecto. Sin embargo, la calificación es otra cosa: la definición de las categorías facilita indudablemente la calificación pero no es la calificación. Una cosa es la definición de la categoría y otra el modo de calificar, que es una actividad esencialmente dinámica. La calificación parte del caso concreto para luego elevarse a las normas de un ordenamiento jurídico con la finalidad de ubicarla bajo alguna de ellas. Es precisamente la complejidad del caso lo que vuelve difícil su incorporación a determinada categoría, por más definidos que se encuentren sus límites. La definición de la categoría es una labor más abstracta y la aspiración de Alfonsín de definir claramente sus límites no parece que pueda ser suficiente al abocarnos a la tarea de calificar, porque como él bien lo reconoce, si hay que ampliar las categorías del foro *convenientemente*, para recoger otras instituciones no

perfectamente coincidentes con las de dicho ordenamiento, ello quiere decir que *nunca* podrá tener límites precisos.

Por tanto, si el propio texto legal o convencional especifica la forma o modo de calificar, deberemos respetar la orden que proviene de la norma. Pero cuando no lo haga, el intérprete –juez o profesional- tendrá una libertad muy amplia para seleccionar la técnica calificatoria que habrá de utilizar para resolver el caso de derecho internacional privado. Los límites estarán dados por el caso multinacional concreto por un lado; y, por el otro, por la excepción de orden público internacional –cuando la calificación a la que se llegue afecte la individualidad jurídica del Estado uruguayo; y cuando existan normas "normas positivas rigurosamente imperativas" que acatar, en defensa de "las políticas sociales y económicas" por el otro. Es que los casos multinacionales son relaciones de vida, que cuando se producen no tienen porqué ceñirse a una definición legal o convencional, ya que siempre logran evadirse aquí y allá a cualquier conceptualización. Esos límites variarán de acuerdo a la heterogeneidad de las situaciones humanas, aun cuando muchas de ellas tengan un entronque común.

En consecuencia, si el propio texto legal o convencional no califica, el intérprete –juez o profesional- debe tener una libertad amplia para seleccionar la técnica calificadora que habrá de utilizar para resolver un caso de derecho internacional privado. Indudablemente que la consagración legislativa de esta libertad podría ayudar mucho, bastaría con la aprobación de una norma de derecho internacional privado que contuviera una directiva como la que sigue:

> *Cuando la norma legal o convencional no indique cómo calificar el aplicador del Derecho deberá respetar en todo momento, la naturaleza heterogénea del caso internacional*

Esta solución -que se ubica en las antípodas del art. 6 del Código Bustamante- permitiría la realización de tanteos y de búsqueda de probabilidades y, de creación de la mejor solución, no necesariamente *antes* de la determinación del Derecho aplicable sino luego de realizar los ajustes y obtener una calificación aceptable a todos los ordenamientos jurídicos involucrados. De esta manera se estaría respetando la naturaleza del caso multinacional aunque dentro del microcosmos creado por el caso, tomando como base los contactos con distintos ordenamientos jurídicos.

# CAPÍTULO 11

# EL DERECHO EXTRANJERO: SUS INTÉRPRETES Y SUS APLICADORES

## Sección 1
## El traductor jurídico

En otras ramas del Derecho han podido analizarse las características y la naturaleza de la traducción jurídica y de su agente: el traductor jurídico, así como los principales escollos que debe salvar este último para llegar a una traducción fiel. Sin embargo, parece indispensable empalmar esa actividad desarrollada dentro del ámbito del Derecho, con las muy abundantes normas convencionales y nacionales que existen en la actualidad, con la finalidad de obtener un panorama claro de cómo se desarrolla su función sobre el plano internacional.

Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, traducir significa expresar en un idioma lo que ha sido escrito o expresado anteriormente en otro. Volcada al ámbito del Derecho, la definición es lo bastante genérica como para cubrir la labor de traductorado en aquellos sistemas jurídicos basados en la escritura como también aquellos otros mayoritariamente de tradición oral, pero en este último caso la traducción se hará en la mayoría de los casos, sobre el informe del perito o experto jurídico y no sobre el Derecho espontáneo en sí mismo.

La traducción jurídica responde a necesidades prácticas imperiosas: para establecer relaciones estables con otros sistemas jurídicos se hace necesario conocerlos, aproximarnos a ellos, lo cual puede llevarse a cabo sin la traducción, cuando esos sistemas conocen el mismo idioma, pero será una tarea compleja cuando el lenguaje en el que se comunican sus poblaciones difieren en aspectos importantes, constituyéndose en un obstáculo. Como veremos seguidamente, la búsqueda de la equivalencia funcional y los contextos quizás pesen más a la hora de traducir -de realizar esa tarea de intermediación- antes que una traducción puramente literal de los términos utilizados; todo dependerá de la forma en que ha sido plasmada la norma jurídica. Además, su tarea puede ser diferente según el ordenamiento jurídico, la rama del Derecho y la tipología textual (legislativa, administrativa, jurisdiccional o notarial).

Por tanto, la traducción jurídica puede examinarse de diferentes maneras y a través de variadas perspectivas; la que a nosotros nos interesa en este momento es aquella relacionada con la aplicación del Derecho extranjero. Una aplicación que puede ser pacífica, realizada a través de los operadores jurídicos o por los propios interesados; o contenciosa, cuando estamos en presencia de un litigio que opone a dos partes y se vuelve necesario resolverlo a través de la vía judicial conociendo el Derecho extranjero que resulte aplicable a la controversia.

El traductor jurídico aparece dependiente en gran medida, de la actuación de los demás operadores jurídicos: del legislador en un sistema jurídico moderno; del juez en segundo término, lo cual no quiere decir que siempre esté ubicado en un segundo lugar; del magma social que crea normas -quizás la tarea más difícil del traductor- y también, de la actividad de los particulares con repercusiones jurídicas, por ejemplo cuando éstos celebran contratos. O sea, que son numerosos los documentos y actos que forman parte de la tarea del traductor jurídico: partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, documentos de

identidad, títulos de propiedad, contratos, sentencias, demandas y sus contestaciones, informe de interrogatorios, Convenciones internacionales o normas nacionales (Constitución, leyes, decretos o reglamentos), poderes notariales, estatutos de sociedades, exhortos o cartas rogatorias, etc.

Podemos afirmar que el s. XX y el s. XXI son y serán los siglos donde la tarea de la traducción jurídica ha alcanzado su máxima expresión, debido a la incidencia cada vez mayor de la actuación de los organismos internacionales (OEA, ONU, etc.) y del surgimiento de bloques de integración económica (MERCOSUR, UE, etc.) y en atención al propio proceso de globalización, el cual contribuye al acercamiento de los sistemas jurídicos.

Como puede constatarse, bajo la expresión "Derecho" comprendemos a la regla de Derecho escrita (un Tratado, un ley, un Reglamento), como a la de Derecho espontáneo no formalizado (una costumbre, un uso o una práctica reiterada), o una decisión de un magistrado (una sentencia judicial o un laudo arbitral).

El agente encargado de realizar una traducción es el traductor. En este caso el traductor jurídico puede tener la calidad de oficioso, cuando se cumple la función sin ejercer formalmente el cargo que se tiene; u oficial, cuando en tal caso se desarrolla la actividad de traductor público, aquel que ha cumplido con los estudios universitarios indispensables, se le ha otorgado el título correspondiente y ejerce su función a su nombre y bajo su responsabilidad.

La actividad a desarrollar por el traductor jurídico se halla íntimamente ligada a cómo se ha expresado el Derecho. Un texto claro, despojado de ornamentos del vocabulario, puede ser de más fácil traducción que otros escritos expresados en un lenguaje barroco. Pero no es suficiente contar con un texto prístino, las expresiones humanas generalmente tienen múltiples sentidos, pueden llegar a ser ambiguas u obscuras –queridas o no por su creador- y es tarea del traductor jurídico alcanzar, en la medida de lo posible, el sentido exacto que se le ha querido dar. Para ello cuenta hoy día con herramientas limitadas: los diccionarios a veces constituyen aportes insuficientes para cumplir la tarea, se vuelve necesario entonces, conocer la cultura del pueblo en cuestión: su concepción de la vida, sobre todo de la social; sus ideas religiosas, cuando ellas constituyen Derecho revelado; las ideas éticas subyacentes; o sea y en definitiva, adentrarse en el campo del Derecho comparado para primero comprender, y luego expresar lo que se ha entendido.

Entonces –y vaya como justificativo de la presencia de esta materia en la carrera de Traductorado- la traducción jurídica necesita del Derecho comparado como el agua el sediento, es un aporte vital para el desarrollo de una actividad que busca ser lo más técnica posible y para ello no deberá circunscribirse a la terminología sino volcarse –si las circunstancias lo exigen- al examen del campo temático o a la clasificación por géneros. En definitiva, cabe pensar, que el traductor de hoy, no debe limitarse exclusivamente a recurrir a los diccionarios u otras herramientas afines, sino que debe bucear en la vida socio-jurídica de los pueblos para poder cumplir cabalmente su función, teniendo en cuenta los marcos sociales, sistemáticos, lingüísticos, etc. Para ello deberá conocer las diferencias fundamentales entre los grandes sistemas jurídicos, la justificación de la clasificación del Derecho en ramas y los conceptos básicos de cada una, y aproximarse a las técnicas de creación y de documentación normativa en el campo jurídico.

Como hemos expresado, la tarea de traductorado dependerá de cómo esté presentada la norma jurídica a ser traducida, o de cómo la actuación de un sujeto –individual o colectivo, público o privado- se ha

llevado a cabo. Un traductor jurídico no necesariamente traduce documentos “jurídicos”, o sea aquellos provenientes formalmente de una autoridad pública. Una carta, incluso amorosa –documento privado y hasta íntimo- puede llegar a tener repercusiones jurídicas si intentamos con ella probar un adulterio o las razones de un crimen pasional. En este momento nos interesa en especial, la traducción de los documentos jurídicos: de las leyes y demás normas generales extranjeras amén de las decisiones judiciales.

Como sabemos, el derecho internacional privado es aquella rama del Derecho cuyo cometido principal hasta el momento, es el de averiguar el Derecho extranjero, cuando la regla de conflicto nos ha indicado que éste es el aplicable. Durante mucho tiempo las reglas indirectas que nos conducían a la determinación del Derecho extranjero fueron redactadas de una manera clara y extremadamente sintética: “la capacidad se regula por la ley del domicilio”, “el matrimonio se regula por la ley del lugar de celebración”, etc.

No obstante -y sobre todo a partir de la década de los años 30 del s. XX- comenzó a emerger una postura crítica respecto de estas normas distributivas de competencia, argumentando que significaban “un salto al vacío”, o que eran “reglas ciegas” o “reglas que actuaban con los ojos vendados” (*blindfold test),* en cuanto estaban despojadas de las consideraciones materiales del caso concreto y del examen del contenido de los derechos aplicables. O dicho de otro modo: las reglas indirectas o de conflicto de leyes, indicaban cuál era el Derecho aplicable sin examinar si su contenido era ajustado o no a la relación controversial, si era una regulación de calidad, si contemplaba los intereses de la parte a quien se debía proteger, etc. Su trabajo consistía simplemente en distribuir la relación entre los diferentes sistemas jurídicos estatales, sin preocuparse por la regulación propiamente dicha, o sea que se concretaba simplemente, en la búsqueda de la justicia “formal” (bajo qué Derecho nacional había que localizar a la relación privada internacional) y no de la justicia “material” o “sustantiva” (la aplicación del Derecho más justo o adecuado).

Surgieron entonces, las reglas de conflicto dotadas de una orientación material. Ante la presencia de este nuevo tipo de normas ya no sólo debemos precisar cómo se puede traducir, sino también cómo conviene traducir en atención al objetivo propuesto por el legislador. Las palabras no pueden separarse de los actos jurídicos, y debemos tomar en consideración las definiciones, las cuales indudablemente facilitan en mucho la tarea de traductor; pero también las homonimias, las polisemias cada vez más abundantes, la enunciación prohibitiva, permisiva, facultativa, etc. y, por sobre todas las cosas los objetivos que ha tendido a realizar el legislador.

A partir de los años 30 del s. XX, los hacedores de normas comenzaron a incorporar en ellas, consideraciones de carácter sustantivo, especialmente en las hipótesis donde había una parte débil que proteger o un objetivo que alentar: la protección del menor abandonado, de la mujer, del anciano, del deudor, del asegurado, etc.; o garantizar la validez del acto, recurriendo ante todo a una ley validante antes que a una ley que anule el acto (el testamento, por ejemplo) o el contrato.

Indudablemente que la norma ganó en flexibilidad, se acercó a las turbulencias de la vida humana, dejó de ser apodíctica, de estar en un pedestal que la ubicaba en una postura hierática y prescindente. Pero en tal caso, dejó de ser tarea completa del legislador para ser asumida por los magistrados en cuanto aquel reconoció que resultaba imposible conocer y regular anticipadamente todas y cada una de las circunstancias que conducen a los hombres a tomar determinadas decisiones, por lo cual sólo el

magistrado, ante un litigio concreto, podía ajustar la norma a medio hacer, completarla y, al fin, aplicarla enteramente.

Si bien este cambio regulador fue aplaudido por la mayoría del mundo académico, no por ello pudo borrarse la preocupación de que una norma semi-elaborada por el legislador y completada por el magistrado, dejaba de la lado su generalidad y en cierto modo un trato equitativo hacia todos los ciudadanos, lo cual podía hacer surgir la arbitrariedad en el desempeño judicial, posibilitando que el magistrado diera rienda suelta a sus prejuicios, a su formación jurídica y, en definitiva, a su cultura.

Más allá de esta importante cuestión, que no puede ser totalmente erradicada, lo cierto es que la norma indirecta dejó de ser simple, breve y clara. Ahora se habla del "interés superior del menor", de la aplicación de aquel Derecho "más favorable al acreedor de alimentos", de la elección de la norma sustantiva de aquel Estado que valide o legitime la formalidad de la que está revestido un contrato, cuando no ha sido respetada una formalidad más severa. Conceptos ciertamente -y voluntariamente- nebulosos que sólo puede desentrañar el magistrado, ubicado a partir de ahora en el centro de la escena.

Cabe advertir a quienes desarrollen tareas de traductorado, que en las relaciones internacionales la actividad que realizan necesariamente ha de ser doble:

- por un lado, deberá llevar a cabo la traducción de la norma indirecta o distributiva, de la regla de conflicto de leyes; y
- por el otro, del Derecho sustantivo al cual esa norma nos ha transportado.

Son dos tareas distintas, ubicadas sobre planos diferentes, no superponibles: primero, debemos conocer y traducir la norma de conflicto, para luego conocer y traducir el Derecho extranjero aplicable.

Cabe realizar otra precisión al respecto, también importante. Los textos con que contamos en nuestro ordenamiento jurídico, hacen alusión a la aplicación del Derecho extranjero y de cómo se debe cooperar para determinar "el texto, vigencia, sentido y alcance" de ese Derecho, información que debe venir traducida o que debe ser traducida con posterioridad, si en dicho Derecho se habla un idioma diferente al español.

Pero ésta no se trata de una directiva dirigida a los traductores sino a las autoridades presentes en cada Estado, encargadas de cumplir esa actividad de información, que generalmente son, o los jueces estatales o las Autoridades Centrales, sin perjuicio de la intervención de peritos o expertos en la materia. Por tanto, son estas autoridades las que deben precisar "el texto, vigencia, sentido y alcance" de las normas aplicables al caso que tiene nuestro juez entre manos para ser resuelto. Si la autoridad extranjera habla otro idioma que el español, recién le corresponderá al traductor público la tarea de determinar "el sentido y alcance", no del Derecho extranjero aplicable al caso, sino de la información que ha dado la autoridad calificada para esa tarea. Son pues dos actividades diferentes, donde cada una puede tener su "sentido" y su "alcance". Las normas aplicables al desempeño de la tarea de conocer el Derecho extranjero aplicable serán citadas en el momento oportuno, al examinar el tema de la aplicación del Derecho extranjero, por lo que no nos extenderemos en ese punto.

Como balance de esta breve introducción, podemos afirmar que la tarea del traductor jurídico oficial se encuentra en pleno auge, respaldada por la presencia de organismos internacionales que apoyan el multiculturalismo y por ende, el multilingüismo, para lo cual se hace necesario contar con ingentes recursos económicos para cumplir su labor. Además, su tarea se ha vuelto cada vez más complicada, al

recurrir los hacedores de normas a la redacción de reglas con un alto contenido polisémico, de textura abierta a diferentes interpretaciones, con sentidos diferentes a utilizar según las características de las hipótesis concretas.

## Sección 2
## Aplicación del Derecho extranjero[163]

Cuando hablamos de Derecho extranjero afirmábamos que podíamos asumir dos enfoques respecto del mismo: recurrir a él para realizar una compulsa jurídica, actitud propia del Derecho Comparado; o recurrir obligatoriamente a él cuando la regla de conflicto nos lo indica como el Derecho aplicable. Son dos actitudes diferentes con consecuencias también muy disímiles. Cuando sucede esto último, debemos saber cómo tratar al Derecho extranjero, algo que no ha sido pacífico en la doctrina. El tratamiento a dar al Derecho extranjero pueden ser ubicado bajo dos grandes corrientes: aquéllas que afirman que el Derecho extranjero es un hecho que debe ser alegado y probado por las partes. Y los que consideran que el Derecho extranjero es Derecho, que debe ser reconocido como tal, aún fuera de su lugar de origen, y debe aplicarse de oficio.

### El Derecho extranjero considerado como un hecho

En el fondo de esta cuestión se plantea un dilema de concepción política y jurídica de las fuentes del Derecho de origen estatal. En la medida que el poder de legislar, como el poder de juzgar y el poder de ejecutar los juzgado se consideraban atributos consustanciales al Estado y a su soberanía, parecía lógico en ese entonces, que el Derecho sólo podía ser reconocido como tal por quien lo dictó y a quienes va dirigido como habitantes de su territorio. Más allá de las fronteras de su país de origen, el Derecho no podía valer nada, puesto que de aceptarse su eficacia extraterritorial se estaría invadiendo la potestad soberana de legislar del Estado extranjero sobre su territorio. Esta forma de pensar condujo a un territorialismo estricto del Derecho.

Esta tesis es errónea, por cuanto no distingue el imperio de la norma, de su naturaleza jurídica. El Estado que dicta una regla de Derecho tiene la potestad de imponerla en su territorio y considerar a esta norma como jurídica. ¿Pero qué sucede cuando la norma pretende tener una eficacia extraterritorial? Acá lo que se pierde es el *imperium* pero la norma *nunca* pierde su calidad jurídica. Para imponer en el extranjero su acatamiento por la fuerza se hará necesario recurrir a las autoridades del Estado receptor de la norma extranjera.

Admitir una concepción territorialista conduce a asimilar el Derecho extranjero a un simple hecho, lo cual produce las siguientes consecuencias:

- el Derecho extranjero debe ser alegado y probado por los litigantes;
- es renunciable por éstos y, ante tal situación, es como si no hubiere aportado prueba;
- no puede invocarse en segunda instancia;
- los errores cometidos en su aplicación no son susceptibles de los recursos establecidos en el orden jurídico del foro contra los errores de Derecho.

---

[163] Puede consultarse: Basso, Maristela. *Da aplicaçao do direito estrangeiro pelo juiz nacional. O direito internacional privado á luz da jurisprudência.* Sao Paulo. 1998; y Tellechea Bergman, Eduardo. *El tratamiento e información del Derecho extranjero y su regulación en las Convenciones de Montevideo de 1979-1980.*

Esta posición prevaleció en Europa durante siglos y hasta época muy reciente. Ha tenido sostenedores destacados en Henri Batiffol en Francia, pero a partir del caso Bisbal ocurrido en 1959, la jurisprudencia francesa -que es muy poderosa en dicho país- se ha inclinado lentamente hacia la concepción moderna.

El problema de la tesis tradicional es que le plantea a los jueces un problema profundo de ética. Muchas veces esta doctrina funciona como una atadura al funcionamiento judicial, puesto que los magistrados pueden saber de la existencia del Derecho y al no ser o no poder ser probado o alegado por las partes, deben renunciar a juzgar de acuerdo al Derecho aplicable. Esta consecuencia no puede admitirse.

## Soluciones de Derecho Comparado

Argentina. El art. 13 del Código Civil argentino se inclina por la naturaleza fáctica del Derecho extranjero:

> *La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes, exceptuándose las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por Convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial.*

El proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Argentina, cambia la posición contenida en el Código Civil. El art. 11 expresa lo siguiente:

> *Art.11.* Derecho extranjero. *Los tribunales aplicarán de oficio el Derecho extranjero designado por las normas de conflicto, sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido.*
> *Por Derecho extranjero se entiende la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los tribunales del país cuyo Derecho es aplicable.*
> *La información y prueba del Derecho extranjero podrá producirse entre otros, por los siguientes medios:*
> *a) informes de tribunales y autoridades del país de referencia, cuando ello fuera posible;*
> *b) dictámenes de expertos en ese Derecho;*
> *c) textos legales y precedentes jurisprudenciales con indicación de su vigencia, obtenidos de manera fehaciente.*
> *No podrá rechazarse la demanda por falta de prueba del contenido del Derecho extranjero que correspondiera aplicar.*

Costa Rica. El art. 30 del Código Civil dice así:

> *El que funde su Derecho en las leyes extranjeras deberá probar la existencia de éstas.*

Nicaragua. Art. VII del Código Civil

> *Art. VII. La aplicación de leyes extranjeras en los casos en que este Código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República en virtud de Tratados o por ley especial.*

## El Derecho extranjero considerado como Derecho

Podemos decir que el mejor y más importante aporte efectuado a favor de esta tesis surge de la mente de Carlos Federico de Savigny y de la Escuela Histórica del Derecho, y por ello el Código Civil alemán de 1900 fue el primero en aceptar dicha tesis. Los Tratados de Montevideo de 1889 a su vez, fueron los primeros Tratados multilaterales en aceptar dicha concepción.

A partir de dicho momento, la prueba de las leyes extranjeras no puede ser considerada una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes. La nueva concepción condujo a reconocer la obligación de los jueces, de aplicar la norma extranjera cuando ésta es designada por la regla de conflicto de leyes. La tesis correcta entonces, es la de la consideración del Derecho extranjero como Derecho y de la aplicación oficiosa de la ley extranjera, todo ello sin perjuicio de poder aceptar la colaboración que puedan realizar

las partes. Gonzalo Ramírez también se adhirió a esta corriente moderna, y sostuvo la aplicación preceptiva del Derecho extranjero.

Esta solución trae aparejadas las siguientes consecuencias:

- las partes sólo tienen una facultad informativa,

- el Derecho ajeno puede ser invocado en segunda instancia,

- el juez está obligado a aplicar el Derecho extranjero y tiene también la obligación de conocerlo. Es obvio que no se le puede exigir un conocimiento *a priori* de todos los Derechos del mundo, su obligación sólo nace cuando se presenta el caso judicial. Por tanto, su obligación nace *a posteriori*, una vez que ha funcionado la regla de conflicto y en cuanto ella nos ha remitido a algún Derecho extranjero.

De lo expuesto surge pues:

a) que la norma fuera de las fronteras del Estado donde fue dictada, conserva su naturaleza jurídica, sigue siendo una ley, una norma constitucional, una norma consuetudinaria, lo que fuere, etc.

b) sólo adquirirá vigencia en nuestro territorio una vez que la regla de conflicto le haya atribuido competencia.

c) A ello se agrega, que la obligación de conocimiento del Derecho por parte del magistrado –*iura novit curia*- en lugar de ser apriorística y total, como ocurre en el Derecho nacional, es parcial, limitada al punto en litigio; y nace una vez que se ha planteado la *litis*.

El art. 2 del Código Civil sostiene que:

> *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.*

El Código General del Proceso le permite indagar al juez. El art. 139.2 establece que

a) *La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.*

## Soluciones en el Derecho Comparado

Guatemala: Art. 35 de la Ley del Organismo Judicial:

> *Los tribunales guatemaltecos aplicarán de oficio cuando proceda, las leyes de otros Estados. La parte que invoque la aplicación del Derecho extranjero o que disienta de la que se invoque o aplique, justificará su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejerció en el país de cuya legislación se trate, la que deberá presentarse debidamente legalizada. Sin perjuicio de ello, el tribunal nacional puede indagar tales hechos, de oficio o a solicitud de parte, por la vía diplomática o por otros medios reconocidos por el derecho internacional.*

México. Art. 14 del Código Civil

> *Art. 14. En la aplicación del Derecho extranjero se observará lo siguiente:*
> *I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse a la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho Derecho.*

El proyecto de Código Modelo de Derecho Internacional Privado de México hace alusión a la aplicación del Derecho extranjero en las dos primeras literales del art. 5. Dice así:

> *Art. 5. En la aplicación del Derecho extranjero se observará lo siguiente:*
> *a) se procederá como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez o autoridad competente, podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho Derecho, sin perjuicio de que las partes o interesados puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero invocado;*
> *b) para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del Derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes;*

Paraguay. Art. 22 del Código Civil

*Art. 22. Los jueces y tribunales aplicarán de oficio las leyes extranjeras siempre que no se opongan a las instituciones políticas, a las leyes de orden público, a la moral y a las buenas costumbres, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de ellas. No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos.*

Perú. El art. 2051 del Código Civil de Perú prescribe la aplicación de oficio del Derecho extranjero:

*Art. 2051. El ordenamiento extranjero competente según las normas de derecho internacional privado peruanas, debe aplicarse de oficio.*

*Art. 2052. Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.*

*Art. 2053. Los jueces pueden, de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido.*

*Art. 2054. La Corte Suprema está autorizada para absolver las consultas que le formule el tribunal extranjeros, por la vía diplomática, sobre puntos de derecho internacional.*

*Art. 2055. Las disposiciones del Derecho extranjero aplicable se interpretarán de acuerdo al sistema al que pertenezcan.*

Uruguay. Los arts. 3 a 5 del proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay continúa con la línea tradicional y concordante además, con el Código General del Proceso. El texto es el siguiente:

*Art. 3.* Aplicación del Derecho extranjero. *El Derecho extranjero será aplicado de oficio y se interpretará tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva.*

*Art. 4.* Conocimiento del Derecho extranjero. *1. El texto, la vigencia y la interpretación del Derecho extranjero aplicable deberán ser investigados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes, sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten los interesados.*
*2. Podrá recurrirse a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico del Estado requeriente, del Estado requerido, o en el orden jurídico internacional.*
*3. Los tribunales u otras autoridades competentes no estarán necesariamente obligados a aplicar el Derecho según el contenido de la información recibida conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del presente artículo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 3, en lo referente a la interpretación.*

*Art.5.* Admisión de recursos procesales. *Todos los recursos previstos por la ley nacional serán admitidos en los casos en que proceda la aplicación del Derecho extranjero.*

Venezuela. El art. 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela prescribe lo siguiente:

*Art.2. 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.*

## Imposibilidad de conocer el Derecho extranjero y sus consecuencias

¿Realmente puede no llegar a conocerse el Derecho extranjero? Puede ocurrir que tengamos precisado cuál es el Derecho extranjero a aplicar –por ejemplo, el Derecho de Mianmar- pero tengamos dificultades para acceder a él. ¿Cuál sería la consecuencia de esta situación? Una solución sería que:

- ***si no puede conocerse, deberá absolverse al demandado***. Es la posición más antigua, al no poder conocer el Derecho extranjero debería rechazarse la demanda o la excepción interpuesta en dicho Derecho. A falta de prueba acerca del contenido, el juez deberá absolver, puesto que faltaría la premisa mayor del silogismo judicial, la norma legal. Esta tesis no puede admitirse por cuanto implicaría una verdadera denegación de justicia, derecho humano fundamental. Si el Derecho extranjero es Derecho, el principio *iura novit curia*, aún atenuado, debería imponerse al juez actuante, por lo que no puede aceptarse su ignorancia en el caso.

- ***podría asimilarse la ley desconocida a la ley del foro***. Cuando no se llega a conocer el contenido de la ley extranjera debería presumirse que ésta tiene un contenido igual a la ley del foro. La aplicación de la ley local es preferible antes que rechazar la demanda. Es la solución del art. 15 del Código de Derecho Internacional Privado suizo, que establece que:

> *El contenido del Derecho extranjero será determinado de oficio. A tal efecto, podrá requerirse la colaboración de las partes.*
> *Si el contenido del Derecho extranjero no puede ser determinado de oficio, se aplicará el Derecho suizo.*

Esta tesis debe ser también rechazada si consideramos que el Derecho extranjero es Derecho y éste *debe* ser conocido por el juez; entonces debe agotarse la investigación.

- ***o buscar*** ineludiblemente ***la ley extranjera señalada por la regla de conflicto***. El conocimiento del Derecho extranjero por parte del juez no puede ser eludido. Para el operador jurídico debe constituir un verdadero imperativo, y no puede equipararse su desconocimiento a una laguna o vacío legal. Hoy los adelantos tecnológicos han facilitado enormemente la tarea. Por tanto, cuando el Derecho positivo prescribe una obligación, debe ser cumplida sin evasivas, el juez no puede sustraerse a la obligación de indagar sobre el Derecho extranjero ya que nuestro orden jurídico no prevé esa posibilidad.

## Proyectos de leyes de derecho internacional privado de la región

Ya comentamos el proyecto de ley argentino. Los demás guardan la debida sintonía.

El proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay contiene dos artículos.

> *Art. 3.* Aplicación del Derecho extranjero. *El Derecho extranjero será aplicado de oficio y se interpretará tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva.*
>
> *Art. 4.* Conocimiento del Derecho extranjero. *1. El texto, la vigencia y la interpretación del Derecho extranjero aplicable deberán ser investigados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes, sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten los interesados.*
> *2. Podrá recurrirse a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico el Estado requeriente, del Estado requerido, o en el orden jurídico internacional.*
> *3. Los tribunales u otras autoridades competentes no estarán necesariamente obligados a aplicar el derecho según el contenido de la información recibida conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del presente artículo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 3, en lo referente a la interpretación.*
>
> *Art. 5.* Admisión de recursos procesales. *Todos los recursos previstos por la ley nacional serán admitidos en los casos que procede la aplicación del Derecho extranjero.*

El proyecto boliviano de derecho internacional privado incluyó tres artículos, que son los siguientes:

> *Art. 2.* Aplicación del Derecho extranjero. *El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y conforme a lo dispuesto por los arts. 145 y 146.*
>
> *Art. 145.* Cooperación judicial. *Los jueces y tribunales de la República podrán dirigirse a cualquier autoridad competente extranjera, mediante exhortos y comisiones rogatorias, para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resultare necesaria para el buen desarrollo del proceso. Asimismo evacuarán dentro de la mayor brevedad, los exhortos y comisiones rogatorias provenientes de jueces y tribunales extranjeros que se ajusten a lo dispuesto en los Tratados vigentes y/o los principios de derecho internacional aplicables en la materia.*
>
> *Art. 147.* Recursos. *Los recursos establecidos por la ley serán procedentes cualquiera que fuere el ordenamiento jurídico que se debió aplicar en la decisión contra la cual se interponen.*

## Concepción intermedia

En una posición intermedia se encuentra Werner Goldschmidt para quien el Derecho extranjero no es un simple hecho y tampoco un Derecho, sino un *hecho notorio* sobre el que todo el mundo puede informarse y constatarlo de un modo auténtico. La *Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero* (CIDIP II. Montevideo. 1979) parece participar de este enfoque al referirse ya en su título a la "prueba" del Derecho extranjero.

# I
# DERECHO NACIONAL

## Evolución de la aplicación preceptiva del Derecho extranjero en el Derecho nacional

### El panorama en el Código Civil de 1868

Las normas nacionales de derecho internacional privado contenidas en el apéndice del Código Civil no establecieron expresamente la aplicación preceptiva del Derecho extranjero, pero igualmente debe considerarse aceptada la misma solución, aunque con diferentes argumentos a lo largo del tiempo.

Por un lado, se sostuvo que el art. 1 del Título Preliminar del Código Civil uruguayo, consigna la obligatoriedad de acatamiento de las leyes promulgadas en el país, de lo que se deduce que cuando la regla de conflicto contenida en el apéndice del Código Civil uruguayo ordena la aplicación de un determinado Derecho, el no hacerlo significaría un incumplimiento al mandato de una regla obligatoria.

Por otro lado, las reglas del apéndice del Código Civil uruguayo son reglas imperativas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes (art. 2403), de lo cual puede deducirse que aún si las partes no invocan el Derecho extranjero competente o lo hacen de forma errónea, el juez igualmente tiene la obligación de investigarlo y de aplicarlo de un modo correcto.

Sobre el punto, entonces, se presentó un vacío normativo dentro de las normas nacionales de Derecho internacional privado, que debió ser llenado mediante la integración. El art. 16 del Título Preliminar del Código Civil uruguayo prevé a la analogía como uno de los procedimientos de integración.

Antes del 15 de mayo de 1970 la solución había que buscarla en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. Como norma analógica en ese entonces, en una primera instancia debíamos acudir a los arts. 2 de los *Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo* de 1889 y de 1940, que se explayan de la siguiente manera:

> *Su aplicación (las leyes de los Estados contratantes) será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.*

### La solución a partir del 15 de mayo de 1980.

En esta fecha se deposita el instrumento de ratificación de las Convenciones Interamericanas de la CIDIP II, entre ellas la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* de 1979, la que a falta de una solución expresa se convirtió en la doctrina más recibida:

> *Los jueces y autoridades de los Estados Parte estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.*

## La solución del Código General del Proceso en 1989 hasta la actualidad

El vacío en las normas nacionales de derecho internacional privado ha sido llenado por nuestras normas nacionales de derecho internacional privado, porque contamos con los arts. 143 y 525.3 del Título X *Normas procesales internacionales.* Capítulo I. *Principios generales*, del Código General del Proceso:

> *143. El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo.*
>
> *525.3. Los tribunales deberán aplicar de oficio el Derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva.*
> *Sin perjuicio de la aplicación de oficio, las partes podrán acreditar la existencia, vigencia y con tenido de la ley extranjera.*
>
> *525.4. Todos los recursos previstos por la ley nacional serán admitidos en los casos en que proceda la aplicación del Derecho extranjero.*

# II
# REGULACIONES CONVENCIONALES

## Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

El *Tratado de Lima* de 1878 –el antecesor más inmediato de los Tratados de Montevideo en suelo americano- contenía un artículo que expresaba que

> *Corresponde a las partes probar la existencia de la ley extranjera*

Como en otras cosas, los congresistas de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 reaccionaron contra esta tesis en los Protocolos Adicionales:

> *Art.1. Las leyes de los Estados Contratantes serán aplicables en los casos concurrentes, ya sean nacionales o extranjeras las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.*
>
> *Art. 2. Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.*
>
> *Art. 3. Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del juicio, para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan, aplicando las leyes de cualquiera de otros Estados.*
>
> *Art. 6. De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se obligan a transmitirse recíprocamente, dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países.*

En resumen, el juez tiene la obligación de aplicar el Derecho extranjero desde 1889, sin perjuicio de la facultad de las partes de alegar y probar su existencia. Se le otorga a las partes la posibilidad de instaurar contra las sentencias, los recursos acordados por las leyes procesales del foro y hay obligación de comunicarse entre los Estados Parte las normas legales aprobadas por ellos. Al no crearse los órganos habilitados para remitir y sistematizar las informaciones, esta norma nunca tuvo una aplicación efectiva, nunca se aplicó.

## El Código Bustamante

El Código consagra la aplicación preceptiva de la norma extranjera en el art. 408 y ss., sin perjuicio del derecho de las partes de invocarla, de justificar su texto, su vigencia y su sentido. Igualmente equipara al Derecho extranjero con el Derecho local, admitiendo la recurribilidad de la sentencia dictada en aplicación errónea, de la misma forma que respecto del Derecho nacional.

> *Art. 408. Los jueces y tribunales de cada Estado Contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este Capítulo se refiere.*

> *Art. 409. La parte que invoque la aplicación del Derecho de cualquier Estado Contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados, en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.*
>
> *Art. 410. A falta de prueba o si el juez o el tribunal, por cualquier razón la estimare insuficiente, podrán solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática que el Estado de cuya legislación se trate, proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del Derecho aplicable.*
>
> *Art. 411. Cada Estado Contratante se obliga a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información a que el artículo anterior se refiere y que deberá proceder de su Tribunal Supremo, o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia.*

El Código Bustamante se encuentra mucho más afiatado que los Tratados de Montevideo de 1889 puesto que en el art. 410 estableció que el tribunal, antes de fallar, se encuentra autorizado a solicitar por vía diplomática, que el Estado extranjero informe del texto, vigencia y sentido de su propia ley interna.

## La Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado

Tras un interregno de 35 años, a partir de 1975 se volvió a la tarea de codificar las normas de derecho internacional privado en la región. La Convención aprobada en la C.I.D.I.P. II, Montevideo, 1979, puede ser considerada como un verdadero Código de la teoría general de los conflictos -de leyes y de jurisdicciones principalmente-. Allí se encuentran todos los institutos propios de la norma de conflicto o indirectas, salvo algunas soluciones materiales que atienden al resultado, pero que no alteran el esquema general. Entre las primeras se ubica el art. 2 que determina que

> *Art. 2. Los jueces y autoridades de los Estados Parte estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera.*
>
> *Art. 4. Todos los recursos otorgados por la ley procesal del lugar del juicio serán igualmente admitidos para los casos de aplicación de la ley de cualesquiera de los otros Estados Parte que ha resultado aplicable.*

**Aplicación preceptiva del Derecho extranjero**. El art. 2 consagra la aplicación preceptiva del Derecho extranjero. Sin embargo, la disposición omite emplear la palabra "de oficio" al hablar de la obligación de los jueces. Sin embargo, debe inferirse que se opta por su aplicación oficiosa. Incluso más, en las discusiones de la Conferencia, voluntariamente se omitió la expresión "de oficio" por considerarla superflua, ya que se afirmaba claramente en el texto la obligación del juez de aplicar dicha ley ("estarán obligados").

La expresión "Derecho" fue empleada en un sentido amplio, comprensivo no sólo de la ley escrita sino igualmente de toda la normatividad vigente en un país, por lo que debe ser inclusivo de todas las fuentes jurídicas (legislación, jurisprudencia, doctrina, normas consuetudinarias, etc, en la medida que sean reconocidas como fuentes de Derecho).

Como contrapartida, la obligación de las partes no excluye *la facultad* que ellas tienen, de "alegar y probar" la existencia y el contenido de la norma extranjera. No es un poder el que tienen las partes litigantes sino una facultad, pero para Tellechea puede ser considerada como una obligación dentro de la categoría "lealtad procesal". En materia de recursos es igual.

Interpretación e integración del Derecho extranjero. En principio, *el sentido y alcance* de la regla extranjera debe ser apreciado según los principios y las técnicas provenientes del orden jurídico al cual la regla pertenece. Es una vieja enseñanza de Alfonsín, quien defendía el principio de la contextualidad de todo orden jurídico. Por tanto: la interpretación de la norma extranjera *no* puede realizarse según el Derecho del foro. El juez, al interpretar la norma extranjera, deberá atenerse a las pautas proporcionadas por el Derecho referido por la regla de conflicto, sin poder alterar la jurisprudencia existente.

Los recursos. Las leyes extranjeras no sólo deben ser aplicadas sino que, además, deben serlo *en forma correcta.* El hecho de considerarlas como Derecho genera esta consecuencia. Y ante la eventualidad de que no aplique el Derecho extranjero ordenado por la regla de conflicto, o no se haga correctamente, la sentencia será recurrible. La admisibilidad de la recurribilidad ya se encontraba consagrada por los arts. 3 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 que hemos reproducido. Incluso el juez del foro podrá declarar inconstitucional la norma extranjera cuando esta declaración ya hubiere sido pronunciada por los tribunales del Estado de donde la norma proviene -mediante una declaración general o una particular- según como se acostumbre en dicho país. Y siempre que la jurisprudencia de dicho país fuere uniforme al respecto. Es lo lógico, porque el Derecho extranjero debe ser aplicado del mismo modo que lo harían sus tribunales.

## La Convención Interamericana sobre prueba e información del Derecho extranjero

Si bien la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado* incorpora los principios básicos de nuestra materia, la *Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero* (CIDIP II. Montevideo. 1979) intenta hacer efectivo el principio de la aplicación obligatoria del Derecho extranjero, instaurando la mecánica necesaria para su respeto. Mecánica que faltó en los Tratados de Montevideo -como ya se vio- y que condujo al fracaso sobre este punto, el cual quedó en *stand by*. .

En su Título, la Convención se refiere a la "prueba" del Derecho extranjero por la influencia que ejerció Werner Goldschmidt, que lo consideraba un "hecho notorio". Se afilia, por tanto y hasta cierto punto, a la teoría más antigua, lo que implica un retroceso en la materia. Son secuelas inevitables de todo pacto internacional en cuanto son documentos de compromiso y, por tanto, no siempre recogen en un 100% todas las aspiraciones de un país. Desde nuestro punto de vista –el uruguayo- el vocablo "prueba" resulta inconveniente porque inclina a pensar en su naturaleza fáctica. En la medida que el orden jurídico extranjero sea considerado como un Derecho y no como un hecho, si hablamos de las partes no corresponde hablar de prueba sino simplemente de colaboración.

Medios de información. Se trata de una Convención que atañe a la cooperación internacional. El art. 1 establece la obligación de los Estados de cumplir con este objetivo. Lo mismo el art. 2

> *Art. 1. La presente Convención tiene por objeto establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Parte para la obtención de elementos de prueba e información acerca del Derecho de cada uno de ellos.*

*Art. 2. Con arreglo a las disposiciones de esta Convención, las autoridades de cada uno de los Estados Parte proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho.*

*Art. 3. La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requeriente como la del Estado requerido.*
*Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención**, entre otros**, los siguientes:*

*a) prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales, con indicación de su vigencia o precedentes judiciales;*
*b) la prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia;*
*c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos.*

El art. 3 es mucho más amplio que las soluciones de los Tratados anteriores. Este artículo realiza una enumeración que *no* es taxativa, de los medios considerados por los legisladores convencionales como especialmente adecuados para llegar al conocimiento *exacto* del Derecho aplicable en el caso.

La literal a) hace mención a "la prueba documental" y a los "precedentes judiciales", tomando en consideración a la práctica existente en los países angloamericanos.

En la literal b) el informe puede ser hecho por abogados o por personas que *no* tengan el título de tales. Por ejemplo, los traductores públicos, si tienen la preparación necesaria.

En la literal c) la actividad informativa requiere de una infraestructura adecuada, como por ejemplo, la de una Autoridad Central, con la finalidad de que la propuesta legislativa no fracase, como acontece con el art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 y art. 6 a los de 1940.

Autoridades habilitadas para solicitar informes. Según el art. 4, estarían encargadas las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte. ¿Los autorizados a presentar el pedido deben ser únicamente jueces? No. La Convención hace referencia a todas aquellas personas que ejerzan una labor jurisdiccional, comprendiendo entonces: a las autoridades administrativas que gozaren de facultades jurisdiccionales y a los árbitros.

Solicitud de informes. El art. 5 ordena que la petición contenga las siguientes indicaciones:

- *autoridad de la que proviene y naturaleza del asunto*. Resulta imprescindible la individualización de la autoridad requeriente pues la vía Autoridad central sólo le compete a las autoridades jurisdiccionales.
- *indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan*. Se intenta asegurar una información los más veraz posible, con propiedades para satisfacer todas las interrogantes del requeriente y evitar que el requerido realice una actividad;
- *determinación de cada uno de los puntos a que se refiera la consulta*, con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debida comprensión.
- *la naturaleza del asunto.* Según la parte final la calificación del asunto se hará *lege fori.* La calificación no obliga al rogado.
- *no hay plazo para la respuesta,*
- *con una traducción al idioma del país consultado.*

Diligenciamiento de la solicitud. El diligenciamiento se encuentra regulado en el art. 7:

*Art. 7. La solicitudes a que se refiere esta Convención podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la Autoridad Central del Estado requeriente, a la correspondiente Autoridad Central del Estado requerido, sin necesidad de legalización.*

Hay dos vías de transmisión entonces: a través de las Autoridades Centrales o, directamente, por los órganos jurisdiccionales. La vía directa es sólo para estas últimas, las otras autoridades –como las administrativas con poderes jurisdiccionales y los árbitros- cursarán el pedido por medio de la Autoridad Central. El organismo receptor en el extranjero será siempre una Autoridad Central que debe entregar el informe a quien se lo solicitó.

## Respuesta a la solicitud

> *Art. 6. Cada Estado Parte quedará obligado a responder las consultas de los demás Estados Partes conforme a esta Convención a través de su Autoridad Central, la cual podrá transmitir dicha consulta a otros órganos del mismo Estado.*

El art. 6 de la Convención encarga la respuesta a la Autoridad Central del Estado requerido. La Autoridad queda facultada para contestar por sí, o delegar la consulta a otros órganos del mismo Estado. La respuesta *debe* ser dada a través de la Autoridad Central del Estado requerido. Si ésta delegó el pedido de informe, la autoridad delegada debe entregárselo a la Autoridad Central del Estado requerido para que sea ésta la que responda. La respuesta debe ser dirigida a quien le envió la consulta: a la Autoridad Central o jurisdiccional, si en este último caso se ha optado por la vía directa.

## Contenido y obligatoriedad de la respuesta

> *La autoridad requerida deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible*

El penúltimo inciso del art. 5 exige que la respuesta debe ajustarse a la consulta formulada, ordenando que se informe ampliamente sobre todos los puntos requeridos. Hay una obligación de contestar en forma minuciosa y detallada.

Pero existe una limitación a la obligación de informar: cuando la respuesta pueda afectar el interés, la soberanía o la seguridad del Estado requerido, en tal caso no cabe responder.

La Convención no previó el plazo dentro del cual deberá diligenciarse la respuesta por el Estado requerido. Aludiendo a una colaboración de buena fe, debe realizarse *en el menor tiempo posible*.

Por último, el inciso final del art. 5 precisa que

> *Las solicitudes serán redactadas en el idioma oficial del Estado requerido o serán acompañadas de una traducción a dicho idioma. La respuesta será redactada en el idioma oficial del Estado requerido.*

Se hará necesario entonces, que el magistrado que solicitó información recurra a un traductor cuando reciba una respuesta en otro idioma.

## Efectos de la respuesta

> *Art. 6. (...) El Estado que rinda los informes a que alude el art. 3.c. no será responsable por la opinión emitida ni estará obligado a aplicar o hacerse aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta proporcionada.*
> *El Estado que recibe los informes a que alude el art. 3.c no estará obligado a aplicar o a hacer aplicar el Derecho según el contenido de la respuesta recibida.*
> *Art. 10. Los Estados Parte no estarán obligados a responder las consultas de otro Estado Parte cuando los interesados de dichos Estados estuvieren afectados por la cuestión que diere origen a la petición de información o cuando la respuesta pudiere afectar su seguridad o soberanía.*

La contestación carece de eficacia obligatoria, tanto para el Estado que la emita como para el que la recibe. Es decir que la contestación no obliga al país de origen a aplicar el Derecho en lo interno, de acuerdo con la respuesta dada. Tampoco obliga al Estado que la recibe, sin que por ello descaezca la

obligación de interpretar al Derecho extranjero de acuerdo a su propio contexto. Deja en libertad al órgano requeriente para evaluar de acuerdo a su propio criterio.

### Cláusula convencional de compatibilidad

> *Art. 8. Esta Convención no restringirá las disposiciones de Convenciones que en esta materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieran observar.*

Por tanto, si en materia de cooperación para el conocimiento del Derecho extranjero, existieran normas nacionales, o Convenciones bilaterales o multilaterales que fueran más expeditas, más sencillas, para conocer ese Derecho extranjero, entonces prevalecerán sobre la Convención. De igual modo, prácticas entre Estados más favorables a este tipo de cooperación, serán también aceptadas sin que ello signifique ir contra el Tratado.

## El Protocolo de cooperación y asistencia jurídica en materia civil, comercial, laboral y administrativa, de Las Leñas, de 27 de junio de 1992

Dentro del MERCOSUR tenemos también normas sobre información del Derecho extranjero y están incluidas en el Capítulo VII bajo el Título *Información del Derecho extranjero*

> *Art. 28. Las Autoridades Centrales de los Estados Parte se suministrarán, en concepto de cooperación judicial y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno.*
>
> *Art. 29. La información a que se refiere el artículo anterior podrá también efectuarse ante la jurisdicción del otro Estado, a través de informes suministrados por las autoridades diplomáticas o consulares del Estado Parte de cuyo derecho se trate.*
>
> *Art. 30. El Estado que brinde los informes sobre el sentido y alcance legal de su derecho no será responsable por la opinión emitida ni está obligado a aplicar su Derecho según la respuesta proporcionada.*

## III
## Las Autoridades Centrales

> *Art. 9. A los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una Autoridad Central.*
> *La designación deberá ser comunicada a la Secretaría General de la O.E.A. en el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión, para que sea comunicada a los demás Estados Parte.*
> *Los Estados Parte podrá cambiar en cualquier momento la designación de su Autoridad Central.*

Con la finalidad de recibir y transmitir las solicitudes de cooperación jurisdiccional, se establece la obligación de los Estados Parte de designar a una Autoridad Central. Bajo este nombre tenemos a organismos especializados en la tarea de la cooperación jurídica internacional, cuyo origen se encuentra en la Convención de La Haya de 1965 *sobre notificaciones en el extranjero para actuaciones judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial*, y en la Convención de La Haya de 1970 *sobre obtención de pruebas en el extranjero.*

La creación de las Autoridades Centrales ha tenido un notable éxito en el campo de las Convenciones Interamericanas aprobadas en el seno de la C.I.D.I.P. -que son Conferencias auspiciadas por la O.E.A. sobre derecho internacional privado- y su éxito es debido a que se trata de organismos *técnicos*, que permiten una comunicación ágil y directa entre el tribunal rogante y el tribunal rogado, eliminando la tramitación lenta de la vía diplomática, no especializada en la tarea. En Uruguay se tramitan por año, vía Autoridad Central, algunos miles de exhortos, de los cuales una gran parte tienen relación con Argentina.

Tenemos que señalar también que en Uruguay las Autoridades Centrales pueden actuar aún cuando no exista un Tratado que las contemple, debido a que están reguladas como órganos administrativos de cooperación entre jurisdicciones en el Código General del Proceso de 1989.

El art. 527.1 señala lo siguiente:

> *Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser trasmitidos por las propias partes interesadas, por intermedio de los agentes consulares o diplomáticos o a través de la autoridad administrativa competente de la materia o, en su defecto, por vía judicial.*

¿Qué son las Autoridades Centrales? Las Autoridades Centrales son órganos técnico-administrativos, ubicados desde el punto de vista institucional, generalmente bajo la órbita del Poder Ejecutivo y cuyas competencias originarias y esenciales han sido:

a) *intervenir, recepcionando y remitiendo exhortos de y hacia el extranjero*, cuando se hace necesario acudir al auxilio judicial interestatal, sustituyendo a la vieja y lenta vía diplomática y consular,

b) *e informar sobre el Derecho extranjero a las autoridades nacionales, así como informar sobre el Derecho nacional a las autoridades extranjeras*. Las Autoridades Centrales no informan directamente a los particulares sobre el Derecho nacional o sobre el Derecho extranjero.

Se trata de un órgano *no jurisdiccional*, aún cuando estuviere ubicado institucionalmente bajo la órbita del Poder Judicial. Se trata de un órgano estrictamente *administrativo*, las Autoridades Centrales *no* están encargadas de la tarea de juzgar. Y aún, si las ubicamos bajo la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores, no serían organismos de carácter diplomático.

Los Tratados, bilaterales y multilaterales, le han ido encargando muchas otras tareas administrativas: tramitar rogatorias de mero trámite y probatorias, la cooperación cautelar, la que hace referencia a la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, la de cooperar en materia de restitución de menores y en materia de tráfico de menores, y la de actuar en el ámbito de reclamaciones internacionales de alimentos al amparo, por ejemplo de la Convención de Washington.

La creación de las Autoridades Centrales en el campo de la cooperación jurídica internacional busca simplificar y dinamizar la cooperación que se hacía por otras vías, como diplomática y la consular. El trámite vía Autoridad Central elimina todo un pesado trámite burocrático por el siguiente: órgano requeriente – Autoridad Central del Estado del órgano requeriente – Autoridad Central del Estado del órgano requerido - y órgano requerido. Y luego se actúa al revés.

Esta vía tiene la calidad de *oficial*, en virtud de lo cual se halla eximida de la legalización, al igual que la diplomática, pero aventaja a esta última al ser más breve. En relación con las vías de cooperación judicial y particular, tiene la ventaja de ser más económica, pues no requiere legalización y es mucho más rápida.

En Uruguay, la Autoridad Central fue creada en el año 1981 bajo la órbita del Ministerio de Justicia, y cuando este Ministerio fue suprimido, pasó a la órbita del Ministerio de Educación y Cultura, donde sigue hasta el día de hoy.

Para Uruguay, cuando un Tratado obliga a crear una Autoridad Central se entiende que se hace referencia a la ya creada, y con ello se logra centralizar todas las actividades de cooperación del país en un único organismo, dotado ya de experiencia y se obtiene de esta manera, una actuación uniforme en el campo de la cooperación.

Con la aparición del *fax* y del *E-mail*, es posible transmitir los exhortos por estos medios, pero se requerirá la autorización correspondiente. Las Autoridades Centrales podrán comunicarse directamente

entre sí, debiendo dar intervención a la autoridad competente cuando sea necesario, de acuerdo a la ley del Estado requerido. Las Autoridades Centrales del Estado requerido tramitarán la notificación a las personas que se ubican en su territorio, según las normas previstas en su propio ordenamiento interno.

En suma, se trata de una entidad –administrativa, no jurisdiccional- con funciones receptoras y trasmisoras de los pedidos, en la presente hipótesis, sobre información del Derecho extranjero. Cada Estado Parte tiene libertad para designar a sus Autoridades Centrales, pudiendo ser un nuevo órgano creado al efecto o uno que ya funcione incluso con otros cometidos. Como por ejemplo: una dependencia del Ministerio de Relaciones Exteriores o del Poder Judicial, etc.

El Protocolo de Las Leñas de 1992, se refiere a las Autoridades Centrales en el art. 2:

> *A los efectos del presente Protocolo cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. A tal fin, dichas Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas, dando intervención a las respectivas autoridades competentes, cuando sea necesario.*
> *Los Estados Parte, al depositar el instrumento de ratificación al presente Protocolo, comunicarán dicha designación al gobierno depositario, el cual lo pondrá en conocimiento de los demás Estados Parte.*
> *La Autoridad Central podrá ser cambiada en cualquier momento, debiendo el Estado Parte comunicarlo en el menor tiempo posible al gobierno depositario del presente Protocolo, a fin de que ponga en conocimiento de los demás Estados Parte, el cambio efectuado.*

## Reflexiones finales

### La obligación de aplicar el Derecho extranjero tiene sus límites.

Conviene expresar que a pesar de lo dicho acerca de la aplicación tal cual del Derecho extranjero, de la obligatoriedad, etc., la realidad no es tan fiel como se plantea.

Porque si bien por un lado tenemos normas de Derecho positivo que nos constriñen a actuar respetando el Derecho extranjero (art. 2 de la Convención sobre Normas Generales; art.2 de los Protocolos Adicionales de 1889 y de 1940, el art. 408 del Código Bustamante y el art. 525.3 del Código General del Proceso) sobretodo en el tema del reconocimiento de los recursos que se tiene derecho a interponer cuando el Derecho es mal aplicado; no olvidemos por otro lado, la posibilidad siempre presente, de interponer la excepción del orden público internacional contra la solución obtenida al amparo del Derecho extranjero (art. 5 de la misma Convención), lo cual implica desconocerlo. El orden público internacional tiene por función impedir la aplicación de todo o parte de la solución creada al amparo de una ley extranjera que resulta ofensiva a nuestros principios esenciales.

En segundo lugar, el mismo legislador habilita dentro del Derecho positivo, la armonización de dos leyes aplicables simultáneamente a una misma relación (art. 9 de la Convención sobre Normas Generales), lo cual puede implicar una variación de su contenido por medio de la adaptación.

En tercer lugar, en el tema de la calificación hemos visto que ésta nunca es definitiva hasta el momento en que el juez obtenga una adaptación de las normas involucradas que se vean verdaderamente adecuadas al caso.

### Aplicar el Derecho extranjero y tomar en consideración al Derecho extranjero.

En quinto lugar, hay textos legales y convencionales que establecen que el Derecho extranjero podrá ser tomado simplemente como un dato de la realidad.

El art. 7 de la *Convención de Roma sobre ley aplicable a los contratos internacionales* de 1980 hace referencia a las leyes de policía extranjeras. Sabemos que en esta Convención -como en la de México sobre el mismo tema- se le concede facultad al juez para aplicar o no las leyes de policía extranjeras, aún

cuando ya estuviere establecido el Derecho aplicable (por las partes o por el juez). Ello permite tener en cuenta a las leyes de policía como un dato que puede impedir la regulación internacional del contrato. Si esta constatación se produce, aún cuando la ley ya haya sido determinada, se buscará la manera de adaptar la ley seleccionada y las pautas de la ley de policía extranjera para propiciar la circulación sin problemas de la relación contractual en todos los países.

El art. 7 de la Convención de Roma expresa que

> *Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se deriven de su aplicación o de su no aplicación.*

Y en el mismo sentido, la Ley Federal sobre derecho internacional privado de Suiza, señala en el art. 18 que aún cuando determinado Derecho extranjero no fuere aplicable, porque así lo indica la regla de conflicto de leyes, igualmente puede ser tomado en consideración cuando:

- en razón de su fin particular en el caso concreto, ella reivindique imperativamente su aplicación y la situación presente con ella un vínculo suficientemente estrecho;
- cuando exista un interés predominante a que sea aplicado o tomado en consideración, en relación con su no aplicación;
- cuando su interés en ser aplicado o tomado en consideración en Suiza aparezca digno de protección, teniendo en cuenta el fin que persigue. Pero siempre se tratará de una facultad judicial.

> *Art. 18. I. Cuando los intereses legítimos y manifiestamente predominantes lo exijan, podrá darse efecto a una disposición de un Derecho distinto el aquel designado por la presente ley cuando considere que deba ser aplicado imperativamente, siempre que la situación presente un vínculo suficientemente estrecho con ese Derecho.*
> *2. Para decidir si debe darse efecto a una disposición de esta naturaleza, se tendrá en cuenta las consecuencias que derivan deriven de ello y de su finalidad u objetivo.*

En todas estas situaciones señaladas se presenta una labor absolutamente creadora del juez nacional en el ámbito internacional, que no podemos, ni debemos dejar de lado en el tema de la aplicación del Derecho extranjero. Sobretodo para aquellos que pensamos en un Derecho internacional privado mucho más flexible y mejor adaptado a la realidad, que aquél que se enseña hoy en forma dogmática en la Facultad de Derecho.

# CAPÍTULO 12

# EXCEPCIONES
# A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

## I
## La excepción de orden público internacional[164]

En ocasiones puede ocurrir que la norma de conflicto estatal o supranacional, aún cuando indique como aplicable una ley extranjera para regular la relación privada internacional, dicha norma no sea posible aplicarla. Son numerosos los casos donde algunos obstáculos se oponen a regir la relación privada por la ley designada por el punto de conexión contenido en la regla de conflicto. Estos obstáculos a la aplicación de las leyes extranjeras revisten el carácter de excepciones a su actuación normal.

Hay una excepción que se encuentra admitida en todos los sistemas jurídicos y es la excepción de orden público internacional, cláusula de reserva o *public policy*. El papel que desempeña el orden público internacional es el de impedir que se aplique la solución dada por una ley extranjera cuando su aplicación perjudique verdaderamente al país importador o receptor de dicha norma. Se impide pues, que se apliquen las soluciones de leyes extranjeras debido a que están inspiradas en concepciones morales, religiosas, políticas o económicas, contrarias a las vigentes en el país receptor.

Pese a que algunos aspectos del orden público internacional han sufrido embates tendentes a limitar su campo de acción, su objetivo siempre es el mismo: desplazar aquella ley extranjera normalmente competente, aplicando en su lugar a la ley nacional; lo cual hace que el particularismo nacional suba al primer plano.

Conceptualización: se trata de un correctivo de carácter excepcional que permite rechazar la solución dada al caso concreto por la aplicación de la ley extranjera normalmente competente, debido a que contiene disposiciones que la hacen inadmisible para el juez, como representante del Estado, del país o de la sociedad, y es lo que en última instancia hay que defender.

Todas las sociedades nacionales se organizan sobre la base de normas y principios de Derecho privado en las cuales se asienta su individualidad como sociedad, todas tienen un núcleo duro que les da individualidad. El conjunto de estas normas y principios –que varían según la civilización de cada pueblo, de sus ideas filosóficas, éticas, religiosas y políticas- constituyen el orden público de cada Estado.

Para algunos, el orden público internacional se basa en una paradoja: para que proceda el orden público internacional es necesario realizar una comparación entre los Derechos sustantivos, pero ¿cómo hacerlo si la regla de conflicto ya decidió que la *lex fori* no era competente? Para mitigar esta paradoja se dice que es un mecanismo excepcional. La solución aportada por el funcionamiento de la regla de conflicto podría llegar a ser sustituida basada en consideraciones extraídas del Derecho de fondo, una justificación que no es admisible pues supondría contraponer dos elementos normativos de naturaleza diferente: la regla de conflicto formal con el Derecho de fondo sustantivo o material. En el caso de aplicación de la excepción de orden público el Estado del foro sobrepone su individualidad ante la falta de armonía jurídica entre él y

---

[164] Para un estudio más profundo de las excepciones en general nos remitimos a: Alfonsín, Quintín. *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Montevideo. 1982. p. 559 y ss; y para esta excepción en particular también puede consultarse: Viera, Manuel A. *En torno al orden público internacional.* Revista Uruguaya de Derecho Internacional. No. 4. p. 261 y ss.

el Estado extranjero; y aún cuando siendo de iguales concepciones, la aplicación de la norma extranjera afecte nuestra individualidad.

En suma, la extraterritorialidad del Derecho privado extranjero resulta condicionada a la circunstancia que sea compatible con nuestro orden público internacional. Para Werner Goldschmidt el concepto de orden público supone dos circunstancias:

- el reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar el Derecho extranjero, y
- una diversidad ideológica importante entre los pueblos,

Para que pueda interponerse esta excepción la relación jurídica debe tener algún contacto con el foro. En esta hipótesis la actuación del juez es muy importante, porque no sólo impone límites tanto a la aplicación del Derecho extranjero sino también a la propia regla de conflicto de su propio ordenamiento jurídico.

El orden público internacional se convierte así, en una verdadera válvula de escape a todo compromiso u obligación internacional, en aras de la defensa de ciertas instituciones estatales, de ciertas concepciones, de determinadas creencias, del imaginario. Esta facultad tan importante debe ser usada con prudencia, debe haber un equilibrio entre el respeto al Derecho extranjero y las concepciones del foro, porque usándola imprudentemente caeríamos en un territorialismo excesivo.

En Uruguay, el Profesor Alfonsín anotaba como principios de orden público internacional:

- la condición de sujeto de Derecho de todo ser humano, sin distinción de raza, sexo y religión;
- la igualdad entre el hombre y la mujer, o igualdad de géneros;
- la disolubilidad del matrimonio durante la vida de los cónyuges, etc.

A nuestro modo de ver, no lo es más, el carácter monogámico del matrimonio, en cuanto se le ha dado status legal al concubinato, aún cuando uno o los dos miembros de las parejas detenten un matrimonio anterior no disuelto.

La utilización de esta arma jurídica presenta una serie de problemas:

1) ***su vaguedad y su variabilidad en el tiempo y en el espacio***, lo que hace imposible atribuirle una definición precisa;

2) ***se trata de un recurso de apreciación individual***, pues depende de las concepciones del juez, lo cual provoca el riesgo de que en un mismo Estado diferentes magistrados tengan concepciones disímiles y solucionen casos iguales de distinta manera;

3) ***su utilización puede ser un recurso cómodo del juez para aplicar la ley del foro***, cuando enfrenta sistemas extranjeros muy complejos o normas extranjeras muy difíciles de localizar y de conocer, ante lo cual corta camino recurriendo al Derecho propio;

5) ***no sólo hay una diferencia de contenidos sino y sobre todo, una relación de incompatibilidad de instituciones implicadas en el caso concreto.*** El Derecho extranjero resulta descartado porque al integrarse en el Derecho del foro, no puede combinarse de un modo coherente con las diversas instituciones y disposiciones del foro. Cuando la coexistencia es imposible, entonces aparece el orden público para reestablecer la coherencia, mediante los ajustes necesarios, modificando la regla de conflicto del foro y atribuyéndole competencia a la ley interna.

4) ***y más importante que el contenido de la ley extranjera es la perturbación que ésta puede engendrar al aplicarse en el foro.***

## Evolución del concepto de orden público

El concepto de orden público internacional ha variado en la teoría y también como reflejo, en el Derecho positivo, como lo apreciaremos al analizar nuestra legislación. Para Valladao los antecedentes pueden encontrarse en los estatutarios italianos cuando distinguían entre estatutos favorables y odiosos –aunque no con la denominación actual de orden público internacional, ni su utilización como una técnica específica, como es objeto hoy día. Bártolo de Sasoferrato dividía los estatutos en reales y personales. Y a su vez, los estatutos personales eran subdivididos en:

- *estatutos favorables:* que prohibían testar a un menor de 25 años de edad. Estos estatutos tenían eficacia extraterritorial.
- *estatutos odiosos:* aquellos que prohibían heredar a la mujer en beneficio del hombre. Estos gozaban de un alcance restrictivo, sólo valían dentro del territorio de la autoridad que los dictó.

Otros hacen mención a la escuela holandesa, como consecuencia del tercer axioma de Huber: *los Jefes de Estado, por cortesía, obran de suerte que una ley de otro Estado, luego de haber producido sus efectos dentro de los límites de su territorio, también lo conserva en los demás Estados, siempre que dichos Estados o sus súbditos no se vean lesionado en su poder o en sus derechos.* Pero se ha rechazado esta hipótesis debido a que en este caso la aplicación del Derecho extranjero era facultativa y por tanto el Estado no necesitaba crear una excepción para excluirlo, bastaba con su voluntad para dejar de aplicarlo.

Para la mayoría, recién surge la excepción como recurso técnico y con fundamento teórico en el s. XIX, ya que en ese momento se consolidan los Estados y surgen los primeros conflictos internacionales.

El Código Civil francés introdujo por primera vez en forma legislada la excepción de orden público, como una defensa de la legislación francesa que se encontraba amenazada por los demás Estados europeos que eran monarquías absolutas. Otros hechos contribuyeron a la utilización de esta excepción, tales como la codificación generalizada que acentuó los particularismos de las diferentes legislaciones y, el aumento de los medios de comunicación que puso frente a frente a civilizaciones diferentes.

## El orden público tiene una competencia excepcional y exorbitante

Savigny estableció en su VIII Volumen de su *Sistema de Derecho Romano Actual,* publicado en 1849, la obligación de cada país de aplicar a los casos internacionales el Derecho extranjero indicado por la regla de conflicto, concibiéndolo como un deber que dimanaba de la comunidad de los Estados y de los naciones. Excepcional significa “en casos contados”, y exorbitante “fuera de lo común”.

No obstante, establece dos excepciones, en las que cesa la obligación del Estado de aplicar la ley extranjera:

1) cuando se desplace a una ley local rigurosamente imperativa;

2) cuando impone una institución jurídica que no puede ser admitida y reconocida en el foro, donde tampoco precisa el concepto sino que pone ejemplos: muerte civil, esclavitud, poligamia, etc.

Es preciso entonces, enfatizar que para que se trate de orden público internacional resulta necesario partir de la hipótesis de que la aplicación de la ley extranjera es obligatoria. Estamos entonces, ante una excepción jurídica la cual debe estar debidamente fundada y no ante una actitud potestativa. Porque se presentan hipótesis donde hay que recurrir a alguna medida de legítima de defensa que evite la aplicación de esta ley extranjera ofensiva. Esta excepción tiende a conservar la individualidad de cada sociedad,

razones de protección nacional, de amparo del bien público, de la moral, de la religión, de la economía, etc.

Bartin tuvo el mérito de separar las leyes de orden público internacional de las leyes de Derecho Público, entendido en un sentido amplio como comprensivo de normas constitucionales, administrativas, penales, procesales, fiscales, etc., para las cuales la territorialidad es un elemento normal. En cambio, el orden público funciona como una excepción a la competencia de la ley extranjera designada por la norma de conflicto.

## Contenido del orden público internacional

El ámbito del orden público requiere ser precisado para saber cuándo se lo vulnera y cuándo no. Resulta imposible realizar una enumeración *a priori* puesto que guarda relación con el lugar donde se aplica y con el momento de su aplicación.

1) ***Aplicación en función del lugar***: la noción de orden público tiene un carácter estrictamente territorial, lo cual significa que no puede expandirse en su aplicación más allá del territorio del Estado que lo aplica. El orden público es auténticamente internacional en algunas materias en las que los diversos países civilizados que forman parte de la comunidad de Estados reprueban ciertas instituciones como la esclavitud, la trata de blancas, el contrabando; y todo cuanto signifique una negación del Derecho de Gentes. Pero en las demás hipótesis, cada país tiene su propia concepción de orden público: por lo general, entonces, no es cierto que sea un orden público *internacional*, sólo es un orden público nacional *para uso internacional:* excluye en ciertos casos a la ley extranjera, designada aplicable por la regla de conflicto, pero su contenido será siempre nacional.

2) ***Aplicación en función del momento***: el orden público varía constantemente, no sólo varía de un país a otro sino también en un mismo país en diferentes épocas. Lo que hoy es de orden público mañana puede no serlo, lo que hoy no es puede serlo en el futuro. Por ejemplo, la investigación de la paternidad en la filiación natural, el reconocimiento del divorcio. El orden público que debemos tener en cuenta es el actual, aquel sentido como necesario *al día de hoy*.

## Clasificación

Brocher fue el primero que contrapuso el orden público internacional con el orden público interno:

1) ***Orden público interno***: se encuentra conformado por aquellas normas que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes. Sin embargo, esta regla prohibitiva puede ser desplazada por la ley extranjera designada aplicable por la regla de conflicto del foro.

2) ***Orden público internacional***: son las normas que no pueden ser desplazadas por las leyes extranjeras designadas aplicables por la regla de conflicto del foro. Habrían dos círculos concéntricos: si bien toda norma de orden público internacional es de orden público interno, no toda norma de orden público interno es de orden público internacional.

3) ***Orden público auténticamente internacional***: Manuel Vieira consideró que había tres clases de órdenes públicos:

- *el no modificable por la voluntad de las partes (orden público interno);*
- *el no derogable por la aplicación de las leyes extranjeras; y*
- *el típicamente internacional:* es aquel compartido por todos los Estados. Tiene una naturaleza internacional que se conecta con los derechos de la persona humana, impidiendo la aplicación de la norma

que los vulneren. Es reconocido por todos los países y por todos los tribunales, sean éstos nacionales o internacionales. Puede avizorarse un ejemplo de esta tendencia en la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores* de 1989. El art. 25 dice así:

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

- ***orden público atenuado***: se alude al orden público atenuado cuando lo aplicamos a un derecho válidamente adquirido en el extranjero, y en tal caso su fuerza confrontativa es mucho menor, permitiéndose la producción de ciertos efectos en el foro. Hoy el efecto atenuado del orden público se encuentra en auge, en su momento fue muy combatido por Bartin, quien consideró que no había que hacer distinción alguna. Es recogido por el proyecto de ley de derecho internacional privado mexicano, en el art. 6, que reproducimos seguidamente:

> *A pesar de lo prescrito en las disposiciones anteriores, no se aplicará el Derecho extranjero:*
> *b). Cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano. No obstante, podrá reconocerse atenuadamente en la medida que produzca el reconocimiento de derechos sobre alimentos o sucesiones.*

### Funcionamiento

1) ***Orden público anticipado o a priori***: funciona *antes* de entrar en juego la regla de conflicto. Son las normas rígidamente obligatorias que deben aplicarse *inmediatamente*, sin tener en cuenta lo que puede indicar la norma de derecho internacional privado. Para Alfonsín, esta forma de razonar es errónea debido ya que nuestro Derecho puede llegar a ser competente al permitir funcionar la regla de conflicto. Reconociendo la existencia de un orden público *a priori* nunca sabremos si lo es. Evidentemente su aplicación anticipada impide el funcionamiento de la norma indirecta.

2) ***Orden público postergado o a posteriori***: funciona cuando una regla de conflicto señala como aplicable una ley extranjera. Funciona *luego* de haber actuado la norma de conflicto y obsta a la aplicación de la solución extranjera. Una vez que el juez ha examinado el contenido de la solución dictada en función de la norma extranjera aplicable, puede llegar a considerar que viola nuestro orden público internacional y descarta su aplicación. El art. 4 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 establece que actúa "contra *la aplicación* de las leyes extranjeras", por lo que está pensando en la aplicación de la excepción luego que la regla de conflicto ha culminado en su funcionamiento. El razonamiento *a posteriori* permite discriminar científicamente, si aplicamos nuestras normas rígidas por ser las regularmente aplicables o, a título de excepción.

### Comparación entre la ley extranjera y la ley del foro

Para que el orden público pueda interponerse debemos estudiar las concepciones que se reflejan en la ley extranjera y constatar que ellas son incompatibles con las concepciones del foro. Dentro de esa tarea debemos ver si la "integración" de solución proporcionada por la ley extranjera en el orden jurídico del foro anula la "coherencia" de este último, en cuyo caso el juez deberá descartarla. Por ejemplo, el matrimonio de dos niños impúberes hindúes, etc. Se aprecia entonces, la importancia de la misión del juez.

Una primera etapa está constituida por la aplicación de la regla de conflicto del foro y la determinación de la ley aplicable al caso litigioso. Pero esto no es suficiente.

La segunda etapa a la que debemos pasar está constituida por la apreciación del orden público, verificando si la solución legal extranjera es conciliable o no, con el orden público del foro. El poder del juez es extraordinario, puesto que *según su criterio,* va a plantearle límites a la aplicación de la ley extranjera y, por ende, a su propio sistema de conflicto de leyes, el cual podrá ser descartado en el caso concreto.

## Efectos de la aplicación de la excepción

Hay efectos negativos y positivos. El primero es el desplazamiento de la solución legal proporcionada por el Derecho extranjero y el segundo la aplicación de la solución legal del foro.

Además, los efectos no son los mismos según se trate de la adquisición de un Derecho en el foro o del reconocimiento de un Derecho ya adquirido en el extranjero. Un derecho válidamente adquirido en un país extranjero no es forzosamente contrario al orden público de otro país por el único motivo de que no hubiera podido adquirirse en el foro. Por ejemplo, si en el país del foro se prohíbe la investigación de la paternidad pero sí se la probó en el extranjero, puede hacer valer su calidad de hijo en el foro, solución que a nuestro juicio permite el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de 1940.

Además, no todos los efectos del derecho adquirido son inconciliables con el orden público, algunos pueden serlo pero otros no. Por ejemplo, un musulmán con varias mujeres, no se reconocerá a los ulteriores matrimonios pero los cónyuges podrán iniciarle acciones pecuniarias basadas en el matrimonio existente entre ellas y el marido común. Von Bar decía que el orden público es como un árbol, podremos aniquilar la semilla que nazca en nuestro terreno, pero sólo cortar las ramas del árbol existente en el terreno del vecino para el caso que nos molesten.

En los hechos la aplicación de la excepción de orden público internacional manifiesta una menor intensidad en materia de respeto de derechos ya consagrados, que en materia de nacimiento de derechos, por eso en el primer caso se habla de orden público atenuado. Se trata de distinguir entre la idea de la creación de los derechos y la idea de su eficacia; y la reacción puede no ser la misma en uno y otro caso. Por ejemplo, el hijo de un matrimonio polígamo o la adopción en el caso de un matrimonio homosexual.

Sólo se excluiría aquella parte del derecho adquirido inconciliable con nuestro orden público y no con el conjunto de los derechos adquiridos. Por ejemplo, una sentencia condenatoria extranjera que se refiera a varios aspectos: se reconocerá procesalmente la parte que no sea contraria al orden público, pero si se trata de un derecho indivisible, entonces toda la decisión deberá ser rechazada.

¿Qué ley entra en lugar de la ley sustituida? La decisión judicial dictada sobre la base del orden público es un juicio sobre el fondo. En este caso sí se hace necesario examinar la cuestión de cuál ley es la que sustituirá a la ley extranjera en principio competente. Como la función del orden público es asegurar la regulación coherente de la cuestión planteada descartando a todas aquellas normas extranjeras que ataquen esta cohesión, suponemos que debería existir una ley sustantiva del foro capaz de reemplazar a la ley extranjera, pero ello no siempre es así. Ninguna de las regulaciones realizadas por Uruguay –nacionales o supranacionales- ha dicho qué debe ocurrir, cuando se rechaza la aplicación de una ley extranjera por razones de orden público internacional.

Para algunos autores, una vez rechazada la ley extranjera aplicable por ser atentatoria contra el orden público internacional habrá que recurrir al mismo orden jurídico extranjero para extraer otra disposición aplicable a la relación compatible con los principios esenciales del Estado receptor. O sea, buscar una

norma subsidiaria en el mismo Derecho extranjero. Es la solución proporcionada por el art. 14 del proyecto de ley de derecho internacional privado argentino. El art. 14 señala que:

> *Art. 14. Orden público internacional argentino. Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con este Código, sólo serán excluidas cuando conduzcan a una solución incompatible con los principios de orden público internacional argentino.*
> *En tal supuesto, se procurará una solución basada en el mismo Derecho extranjero que sea compatible con tales principios. En su defecto, se aplicará el Derecho argentino.*

Sin embargo, la mayoría piensa que en caso de rechazo de la ley aplicable extranjera, deberá aplicarse la ley del foro. Es la solución del art. 2049 del Código Civil peruano, que dice así:

> *Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.*
> *Rigen en este caso, las normas de derecho interno peruano.*

Arminjon consideró que al lado de las reglas de conflicto bilaterales clásicas existen *reglas de conflicto nacionales unilaterales implícitas*, en cuanto sólo conducen a la competencia de la ley del foro. Las características de estas reglas de conexión subsidiarias y nacionales es la de prevalecer sobre las bilaterales cuando las dos reglas entran en conflicto debido a que las unilaterales encuentran su fundamento en el carácter de orden público de las leyes internas a las que ellas dan competencia.

¿Hasta dónde se sustituye la ley extranjera? La sustitución de la ley extranjera debe quedar dentro de los límites que sean estrictamente necesarios. El orden público está dirigido contra una solución particular del Derecho extranjero y no contra el Derecho extranjero en su totalidad. Sustituir la solución dada por la ley extranjera más allá de las exigencias del orden público sería una violación gratuita de nuestra propia regla de conflicto. Toda legislación tiene un carácter sistémico, las reglas de Derecho interno están vinculadas entre así, al punto que desunirlas y aplicarlas separadamente puede llevar a un resultado incoherente. Por ello es mejor acudir a la ley del foro.

## Derecho positivo comparado

En cuanto al Derecho positivo, podemos decir que ha habido una evolución hacia una mejora técnica. No es que el orden público internacional en sí mismo haya variado, éste será siempre un hecho sociológico. Por tanto, en tanto que cuestión fáctica de orden social no podemos decir que haya un progreso ni una regresión al respecto. Lo que sí podemos decir que ha habido un mayor cuidado –un mayor esmero desde el punto de vista técnico- en su redacción, sobretodo en una mayor precisión en cuanto a sus límites y a la forma de funcionar.

1) ***Normas nacionales de Derecho internacional privado***

El hoy derogado art. 515 del Código de Procedimiento Civil expresaba en el capítulo referido al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, lo siguiente:

> *Aun cuando la sentencia reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior, no se ejecutará en la República si sus disposiciones son contrarias al orden, a la moral, a la Constitución y a las leyes.*

El art. 2404 del Código Civil uruguayo era mucho más escueto:

> *No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que se opongan a principios esenciales de nuestro orden público.*

Luego de 53 años sin embargo, tuvo una nueva redacción más técnica, suministrada por la ley No. 16.603 de 19 de octubre de 1994, que dice así:

> *No se aplicará en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los que la República asienta su individual jurídica.*

De todos modos, la visión de la excepción del orden público internacional como excluyendo la ley extranjera declarada aplicable por la regla de conflicto resulta notoriamente incompleta si no incluimos dentro de su concepción, al rechazo de la decisión judicial o arbitral extranjeras por razones de orden público internacional. Y para ello debemos recurrir al Código General del Proceso donde tenemos el art. 525.5, en el cual se resume la Declaración de Uruguay en la C.I.D.I.P. II:

> *Los tribunales sólo podrán declarar inaplicables los preceptos de ley extranjera cuando éstos contraríen manifiestamente los principios esenciales del orden público internacional en los la que República asienta su individualidad jurídica.*

Por tanto, la visión completa la obtendremos uniendo la referencia realizada en el Código Civil con la obtenida en el art. 525.5 del Código General del Proceso.

2) ***Tratados internacionales***

La mayoría de las Convenciones y Tratados contienen una cláusula de reserva o de orden público internacional. En los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 lo vemos en el art. 4 de los Protocolos Adicionales, que es más amplio en cuanto abarca no sólo el orden público internacional sino también, las instituciones políticas y las buenas costumbres. Con esta redacción se les da mucha libertad a los jueces.

> *Art. 4. Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.*

En las Convenciones de La Haya se introdujo una fórmula restrictiva que tuvo acogida en nuestro medio:

> *Las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán cuando contravengan manifiestamente el orden público de cada país.*

En la C.I.D.I.P. I de 1975, reunida en Panamá, podemos tomar como ejemplo el art. 7 de la *Convención Interamericana sobre los conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles:*

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

Uruguay propició que además de "orden público" se hiciera referencia al orden público "internacional", con el objetivo de restringir su aplicación por los jueces, pero no tuvo apoyo mayoritario. En la C.I.D.I.P. II de 1979, reunida en Montevideo, se aprobó la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, primera en su género en el mundo, y Uruguay hizo una *Declaración interpretativa*, donde define lo que entiende por orden público internacional. El art. 5 dice así:

> *La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considera manifiestamente a los principios de su orden público.*

Uruguay realizó una declaración interpretativa acerca de lo que nuestro país entendida por orden público internacional. Allí dice que:

> *La República Oriental del Uruguay manifiesta que ratifica de modo expreso la línea de pensamiento sostenida en Panamá –CIDIP I- reafirmando su acendrado espíritu panamericanista y su decisión clara y positiva de contribuir con sus ideas y su voto al efecto desenvolvimiento de la comunidad jurídica.*
> *Esta línea de pensamiento y conducta ha quedado patentizado en forma indubitable con la ratificación sin reservas por parte de Uruguay, de todas las Convenciones de Panamá por Ley No. 14.534 del año 1976.*
> *En concordancia con lo que antecede, la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula de orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que según su interpretación acerca de la prealudida excepción, ésta se refiere al orden público internacional como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.*
> *Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Parte para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y*

> *manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.*

Obsérvese entonces, que el orden público –como venimos diciendo- debe ser analizado en forma concreta y no de un modo abstracto. Que esta lesión debe ser grave y no cualquier desinteligencia normativa. Que debe ser manifiesta, ostensible, visible por cualquier persona. Que la misma debe abarcar normas y principios, o sea no sólo el universo normativo sino también aquellos principios que emanan del sistema como aquellos a los que se refiere el art. 72 de la Constitución de la República en cuanto Constitución abierta:

> *La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.*

Téngase además en cuenta que la Declaración culmina refiriéndose a la defensa de la "individualidad jurídica" de cada Estado.

"Identidad jurídica" no es lo mismo que "identidad sociológica", ni siquiera debe necesariamente coincidir con la "identidad legal". La "identidad sociológica" refleja lo que piensa la sociedad sobre determinados temas, muestra sus posturas comunes pero también sus contradicciones y sus irracionalidades, la "identidad sociológica" existe sin necesidad de justificarse.

Tampoco la "identidad jurídica" debe confundirse con la "identidad legal"; la primera es mucho más amplia, en cuanto comprende todas las normas que conforman visiblemente su cuerpo jurídico –escritas o no, estatales o no, formales o espontáneas, generales o particulares- pero también aquellas reglas, normas y principios que emanan de la estructura que se ha creado, intentando guardar una cierta coherencia entre ellos.

Pero además, hoy día en Uruguay "identidad jurídica" no significa pensamiento uniforme sobre determinado tema o un pensamiento impuesto desde lo alto. Podemos tener igualmente una "identidad jurídica" en el sentido de que la sociedad uruguaya es proclive a reconocer la diversidad, de que "el otro" que convive conmigo en el mismo país lo hace con una cultura y con unas creencias diferentes a las mías, realizando opciones que yo no tomaría. Si examinamos la "identidad jurídica" propia de la sociedad uruguaya podemos decir que ésta se encuentra encaminada hacia un mayor respeto hacia la diversidad, hacia el multiculturalismo en lo interno, hacia el respeto y la defensa de la pluridiversidad. Ese parece ser el perfil que debe proteger nuestro orden público internacional.

El orden público internacional en el futuro no será el recurso a utilizar para defender una conciencia colectiva uniforme. Incluso más, ni siquiera la defensa de la opinión de una mayoría dentro de esa sociedad; perfectamente puede ocurrir que el orden público se encuentra defendiendo la conciencia de una minoría social en contra de la mayoría.

En la C.I.D.I.P. IV de 1989, reunida en Montevideo, se aprobó la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, donde en su art. 25 establece que:

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

Hay Convenciones Interamericanas donde no se hace mención al orden público internacional. Una de ellas es la *Convención Interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado*, aprobada en Montevideo en 1979 en la C.I.D.I.P. II, y ello es lógico porque se trata de definir un punto de conexión y no de rechazar un Derecho extranjero aplicable.

La otra, es la *Convención Interamericana sobre transporte internacional de mercaderías por carretera*, aprobada en Montevideo en 1989, en la C.I.D.I.P. IV, debido a que sus disposiciones son de naturaleza sustantiva o directa, y por tanto hay ninguna sorpresa sobre el Derecho aplicable; si el Estado no estuviere de acuerdo con lo que la Convención determina, en este caso corresponderá que no ratifique la Convención.

Y, por último, tenemos la *Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores*, aprobada en México en 1994, en la C.I.D.I.P. V, donde a pesar de la existencia de reglas de conflicto no existe la posibilidad de interponer la excepción debido a que el bien tutelado en la Convención es superior a cualquier otro y, por tanto, cualquier principio, valor o concepto que defienda el Estado, deberá ceder ante el "interés superior del menor".

3) ***Leyes de derecho internacional privado de la región***

***Perú.*** El art. 2049 hace alusión a este tema:

> *Art. 2049. Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de derecho internacional privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.*
> *Rigen en este caso las normas de derecho interno peruano.*

***Venezuela.*** El art. 8 de la ley de derecho internacional privado sostiene que:

> *Art. 8. Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.*

## Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región

El art. 6 del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de México, establece que:

> *Art. 6. A pesar de lo prescrito en las disposiciones anteriores, no se aplicará el Derecho extranjero:*
> *b) cuando las disposiciones del Derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano. No obstante, podrá reconocerse atenuadamente, en la medida que produzca el reconocimiento de derechos sobre alimentos o sucesiones.*

El art. 14 del proyecto de ley argentino ya lo hemos transcripto y examinado.

El proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay considera al orden público internacional en el art. 6:

> *Art. 6. Orden público internacional. Los tribunales declararán inaplicables, mediante decisión fundada, los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, los principios fundamentales de orden público internacional sobre los cuales la República asienta su individualidad jurídica.*

## Últimas palabras

Dijimos al comienzo, que el orden público significa el núcleo duro de toda sociedad, y en cierta medida fue creado por el Estado-nación a través de un adoctrinamiento cultural y de una regulación muy estricta de las fuentes jurídicas. Pero hoy, debido a fenómenos globalizadores los Estados-naciones ya no pueden recurrir a los mitos tradicionales para aglutinar a la población. Cuando las sociedades nacionales hacen gala de que cada individuo debe tener derecho a elegir su moral individual, cuando se rechazan los cánones referenciales ¿dónde encontrar ese núcleo duro que en el pasado se mostraba tan fúlgido? ¿Ante la defensa a ultranza de la diversidad puede hablarse al día de hoy, de un orden público compartido por toda la colectividad que habita el Estado-nación? ¿Y qué decir cuando presenciamos que dentro de un mismo país, trozos territoriales importantes se han apartado de los enfoques tradicionales, como por ejemplo, en materia de matrimonio? En resumen, ya no hay aguas tranquilas en cada sociedad nacional. Y

entonces ¿puede funcionar así la excepción de orden público, que lo único que hará será dejar conforme a un sector de la sociedad? El matrimonio homosexual es un claro ejemplo que parece decirnos que hay que realizar un replanteo profundo del tema para darle alguna herramienta al juez para que pueda decidir el caso concreto. Se intuye que todo lo coactivo y dogmático, impuesto desde arriba –otrora campo fértil para el aposentamiento del orden público- deberá ser desplazado en beneficio de la libertad del ser humano libre de ideologías. Es decir que la excepción terminará protegiendo el derecho a la libertad de cada uno –a hacer lo que quiera siempre que no perjudique al otro- y el respeto de los derechos humanos fundamentales, que parecen constituir el nuevo *desideratum* del individuo posmoderno.

## II
## La excepción de fraude a la ley

La excepción de fraude a la ley sólo tiene relación con las normas formales o indirectas de derecho internacional privado, debido a que estas normas tienen lo que se llama un punto de conexión, que nos lleva a la determinación del Derecho aplicable. Como muchas veces ocurre, la configuración del punto de conexión puede llegar a depender de la voluntad del sujeto, en cuanto éste puede manipular el punto de conexión para hacer posible la aplicación de la ley que le convenga.

Quintín Alfonsín distinguía entre fraude y fraude a la ley. El primero estaría configurado cuando el punto de conexión realmente no se ha realizado. Por ejemplo, se declara que un bien mueble está situado en Argentina para aplicar dicho Derecho y, en realidad el bien está ubicado en Uruguay. De este modo se pretende evitar la aplicación del Derecho uruguayo. Como el punto de conexión en realidad nunca se cumplió, la ley aplicable que el punto de conexión designaba, tampoco debería aplicarse.

En cambio, en el fraude a la ley el propietario realmente lleva el bien mueble a Argentina con la finalidad exclusiva de aplicar la ley argentina. En este caso el punto de conexión sí se ha realizado, pero mediante una maniobra del mismo. Estas maniobras pueden hacerse sobre muchos puntos de conexión:

- *sobre la nacionalidad:* es el caso de la Princesa de Bauffremont, Condesa de Charaman-Chimay, quien siendo francesa por matrimonio, se naturalizó en el Ducado de Alta Sajonia para poder divorciarse de su primer marido y poder casarse con el Príncipe rumano Bibesco.
- *sobre el domicilio:* ocurre cuando se constituye un domicilio provisional en otro país, para poder divorciarse y luego volver divorciado. Esta última parte es muy importante: el fraude a la ley sólo puede funcionar como excepción, cuando la situación obtenida se intenta hacer valer en el campo jurídico de la ley defraudada.

Algunos rechazan la excepción de fraude a la ley debido a que para ellos bastaría que cumpla con el punto de conexión inserto en la regla de conflicto sin entrar a buscar otra cosa. Es un poco la posición de Uruguay y uno de los motivos por el cual se interpuso una reserva a la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado.* Sin embargo, otros sostienen que la regla de conflicto y el punto de conexión que ella contiene deben ser cumplidos de *buena fe.* Si es realizado mediante una maniobra del interesado, entonces no se habría realizado verdaderamente y, en consecuencia, no sería aplicable la ley elegida.

### Elementos configurativos

Para que se configure la excepción de fraude a la ley, se requiere la configuración de dos elementos:

- ***un elemento objetivo***: la utilización de un medio lícito, en cuanto el interesado debe realizar verdaderamente el punto de conexión en el Estado que haya establecido. Objetivamente pues, se ha cumplido con la norma.
- ***un elemento subjetivo***: la consecución de un fin ilícito, en cuanto el punto de conexión que quiere realizarse debe responder a una intención personal: la de acomodar la regulación de la relación a sus intereses particulares. Eludir la ley del Estado que de no haber mediado maniobra alguna, habría regulado la relación. El elemento subjetivo está dirigido a que la relación se regule de la manera que el interesado desea.

### Prueba de la configuración de la excepción.

La prueba sólo funciona ante el juez, el registrador o el funcionario que deba controlar la aplicación de la norma de Derecho internacional privado. El elemento objetivo es fácil de comprobar: basta con acreditar la realización verdadera del punto de conexión. Pero el elemento subjetivo es muy difícil y a veces imposible de comprobar. Podría recurrirse a presunciones judiciales, las que pueden ser injustas en cuanto pueden no estar basadas en la realidad. Por ejemplo, un cambio de domicilio sin causa justificada, de la nacionalidad, de la situación de un bien mueble. Pero dependerá de la convicción que se forme el funcionario judicial o administrativo, lo que puede variar de uno a otro lugar.

Mediante esta excepción lo que se quiere castigar es:

- que se viola indirectamente la regla de conflicto de leyes, respetando la letra pero violentando su espíritu;
- e igualmente se atenta contra la ley material o sustantiva, que hubiera sido regularmente aplicable a la relación pero se ha visto injustamente desplazada.

El fraude a la ley no tiene sentido en las leyes permisivas o facultativas sino ante las leyes prohibitivas y más que respecto de éstas, de aquella rodeadas de consideraciones de orden público internacional. Sólo en estos casos resulta justificado el funcionamiento de esta excepción. Como con todas las excepciones a la aplicación del Derecho extranjero, los efectos de esta excepción son territoriales. En Uruguay es aceptada pero con limitaciones, debido a que ofrece más inconvenientes que ventajas, y en cuanto introduce una alta cuota de arbitrariedad. Para Alfonsín es condenable, en cuanto impide el tráfico jurídico internacional y las libertades que cada ser humano tiene.

### Reserva formulada por Uruguay

La *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* contiene el art. 6 que dispone que

> *No se aplicará el Derecho extranjero de un Estado Parte cuando artificiosamente se haya evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.*

Uruguay criticó la admisión de esta nueva excepción en base a los siguientes argumentos:

- distinguió entre fraude simple y fraude a la ley lo cual es correcto;
- consideró que su admisión significaría introducir una nueva excepción a la normal aplicación del Derecho extranjero regularmente competente según la regla de conflicto, criterio que compartimos;
- se iría contra el carácter objetivo de algunos puntos de conexión ya adoptados por la Conferencia, como el domicilio; en cuanto en la C.I.D.I.P. II, respecto de la Convención Interamericana sobre domicilio se acepta el domicilio objetivo: “la residencia habitual”, abandonándose la definición precisamente de los

Tratados de Montevideo de 1940, que consideraban que había domicilio cuando había "residencia con ánimo de permanecer";

- se iría contra la autonomía de la voluntad de las partes;

- se introduciría un elemento de subjetividad difícilmente discernible, lo que permitiría la entrada a presunciones que pueden llegar a ser muy cuestionables.

Uruguay no rechaza totalmente la excepción de fraude a la ley sino que la acepta únicamente en dos casos:

- cuando la ley afectada por la maniobra sobre el punto de conexión resultó ser la ley nuestra, la ley uruguaya; y

- cuando la utilización del fraude a la ley pueda perjudicar los intereses del país, pero no por el perjuicio a relaciones puramente privadas. Pareciera que sólo sería posible la interposición de la excepción en tanto se encuentre empalmada al orden público internacional. No es muy clara la redacción, porque entonces, ¿para qué recurrir a la excepción de fraude a la ley si ya contamos con la excepción de orden público internacional con su fuerza excluyente?

- no podrá interponerse contra las normas de aplicación inmediata pues en tal caso no ha funcionado la regla de conflicto.

### Proyectos de leyes de Derecho internacional privado en la región

El mismo art. 6 que hemos citado del Código Modelo de Derecho internacional privado mexicano contiene la literal a) con el siguiente contenido:

> *Art. 6. A pesar de lo prescrito en las disposiciones anteriores, no se aplicará el Derecho extranjero:*
> *a) cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; (…)*

El proyecto de ley de derecho internacional privado argentino precisa que:

> *Art. 8. Fraude. No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude.*
> *Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el Derecho aplicable.*
> *Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el Derecho que se trató de evadir.*

En tanto que el proyecto de ley de derecho internacional privado uruguayo señala que:

> *Art. 8. Fraude a la ley. No se aplicará el Derecho designado por una norma de conflicto cuando artificiosamente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República.*

## III
## La excepción de institución desconocida

Fue Savigny el primero que señaló dos excepciones a la obligación que tenían los Estados de aplicar el Derecho extranjero, aunque debemos reconocer, en forma algo nebulosa:

- cuando la norma extranjera fuera claramente contradictoria con las normas imperativas del foro; y

- cuando la institución extranjera no pueda ser reconocida en el foro, afirmación que hace pensar en instituciones que no merecerían ser aplicadas en el foro, pero también instituciones desconocidas en este último.

En este último caso, el problema no es de aplicación del Derecho extranjero sino de calificación de la relación privada internacional, o sea que la cuestión se presenta en el primer eslabón del razonamiento

conflictual. Uno de los pocos autores que han analizado la excepción de institución desconocida ha sido el español Joaquín Gardé Castrillo, quien decía que si adoptábamos un enfoque puramente positivista, todas las instituciones extranjeras podían considerarse desconocidas, en cuanto son creaciones de la ley, existen dentro de un determinado sistema u orden jurídico y, por tanto, son obra suya. Sólo serán relevantes y eficaces en el área de vigencia de sus normas. No obstante, afirma que no es éste el enfoque que debemos propiciar. Dentro del campo de la excepción sólo deben ser atendidas:

- aquellas instituciones jurídicas imprevistas totalmente por el legislador, carentes en nuestro Derecho de una regulación que supla esta imprevisión; y
- algunas sub-instituciones que aún cuando demuestren coincidencia con la institución principal nuestra, demuestra grandes discrepancias técnicas.

Los problemas generados son:

- saber la exacta naturaleza jurídica de la institución extranjera, puesto que sin realizar esta tarea ni siquiera puede afirmarse que esa institución sea conocida o no, en nuestro Derecho. De este modo nos encontramos con la cuestión de las calificaciones en el derecho internacional privado, uno de cuyos aspectos más interesantes es el de la calificación de la institución desconocida;
- y en segundo lugar debemos averiguar si esa institución es realmente desconocida por nuestro ordenamiento jurídico, para cuyo análisis resulta de primordial importancia recurrir al Derecho Comparado.

A la luz de lo dicho podemos decir que una institución extranjera es desconocida en el país:

- cuando tienda a resolver problemas jurídicos que no se han planteado en el país de importación, o
- que planteados, han sido resueltos en base a normas que utilizan técnicas jurídicas muy diferentes a las nuestras. Ello implica interrogarse con agudeza dentro de cuál categoría –de las distintas que ofrece el derecho internacional privado del foro- habrá que incluirla, por lo que arribamos al problema de la calificación. Y donde se percibe que la *lex fori* se presenta como absolutamente incapaz para calificar a las instituciones desconocidas extrañas a ella.

## Las lagunas en las reglas de conflicto del foro

Si se trata de una institución desconocida en el ordenamiento jurídico del foro, podemos aventurar la opinión que, en primera instancia, la calificación no tiene por qué chocar con una calificación contradictoria a la realizada por la *lex fori.* El problema planteado como una cuestión de "calificación" pasa a deslizarse más bien, hacia el terreno de la cuestión de las lagunas en las normas de conflicto, lo que tendría que ser resuelto por los principios generales de Derecho. El juez de la causa tendrá que construir una regla de conflicto extra-legal (que no está en el Derecho positivo), para una categoría que no se encontraba entre las reconocidas por el derecho internacional privado.

Cuando Savigny proclamó las dos excepciones ya mencionadas ¿el orden público también se aplica a la institución desconocida? En principio no. Savigny cita claramente a la "muerte civil" como institución desconocida y la separa de la esclavitud que no es una institución desconocida sino inmoral. Sin embargo, puede haber otras situaciones, de instituciones desconocidas que además, pueden ser contrarias a nuestro orden público internacional.

La institución desconocida cobra su importancia real cuando el juez se encuentra en presencia de una institución extranjera que, debidamente calificada, le resulte desconocida pero no contraria a su orden

público internacional. Y ve la necesidad de negarle aplicación, en razón de una imposibilidad técnica de incorporarla a su orden jurídico. Esta imposibilidad técnica debe figurar entre las causas de inaplicabilidad de la ley extranjera normalmente competente. La aplicación o no del Derecho extranjero dependerá siempre de la comparación respecto del grado de desarrollo de las legislaciones confrontadas.

## Conclusiones

1) Para señalar a una institución extranjera como desconocida debe ser absolutamente imposible calificarla dentro de los conceptos (categorías) que ofrece la ley del juez, por lo que habrá que recurrir a una calificación de corte universal, es decir, comparatista;

2) Para decretar la inaplicabilidad del Derecho extranjero no basta el desconocimiento del sistema jurídico bajo el cual se creó la institución extranjera. Una institución extranjera carente de paralelismo en nuestra legislación, pero que no contradiga las ideas fundamentales –religiosas, éticas, jurídicas o económicas- de nuestro país, sólo podrá quedar sin efecto ante la imposibilidad técnica de su aplicación;

En el Derecho positivo de nivel convencional contamos con el art. 3 de la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979 aprobada en la C.I.D.I.P. II en Montevideo, el cual expresa que:

> *Cuando la ley de un Estado Parte contenga instituciones o procedimientos esenciales para su correcta aplicación y esas instituciones o procedimientos no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.*

Igual solución fue adoptada por el art. 9 de la ley venezolana de derecho internacional privado:

> *Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca instituciones o procedimientos especiales para su adecuada aplicación, que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, podrá negarse la aplicación de dicho Derecho siempre que el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos.*

En el ámbito interamericano no obstante, para aquellos países que han ratificado la *Convención Interamericana sobre adopción de menores* aprobada en 1984 en la C.I.D.I.P. III en La Paz, Bolivia, contiene una limitante al uso de esta excepción, puesto que el art. 5 establece lo siguiente:

> *Las adopciones que se ajusten a la presente Convención surtirán sus efectos de pleno derecho en los Estados Parte, sin que pueda invocarse la excepción de la institución desconocida.*

## Leyes de derecho internacional privado de la región

***Venezuela.*** Art. 9 de la ley de derecho internacional privado:

> *Art. 9. Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca instituciones o procedimientos especiales para su adecuada aplicación que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, podrá negarse la aplicación de dicho Derecho extranjero, siempre que el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos.*

## Proyectos de leyes de derecho internacional privado en la región

El art. 5 del proyecto de ley de derecho internacional privado mexicano establece que:

> *Art. 5. En la aplicación del Derecho extranjero se observará lo siguiente:*
> *d) no será impedimento para la aplicación del Derecho extranjero, que el Derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos.*

Que se complementa con el art.8:

> *Art. 8. Para el reconocimiento de las instituciones jurídicas extranjeras no se tomará en cuenta su denominación, sino la función que desempeñan y los fines que persigue.*

El art. 16 del proyecto de ley de derecho internacional privado argentino considera que:

> *Art. 16. Instituciones y procedimientos desconocidos. La existencia en el derecho extranjero de instituciones o procedimientos desconocidos en el ordenamiento jurídico argentino, no impide su reconocimiento o aplicación, salvo que sean contrarios a los principios de orden público internacional argentino. Los tribunales adaptarán las soluciones argentinas a tales fines.*

Y el art. 9 del proyecto de ley de derecho internacional privado uruguayo señala lo siguiente:

> *Art. 9. Institución desconocida. Cuando el Derecho extranjero contenga instituciones o procedimientos esenciales para su aplicación y esas instituciones o procedimientos no se hallen contemplados en la legislación de la República, los tribunales o autoridades competentes podrán dejar de aplicar dicho Derecho a menos que existan instituciones o procedimientos análogos. En ningún caso se incurrirá en denegación de justicia.*

## IV
## La excepción de falta de reciprocidad

Existe una cuarta excepción reconocida por nuestro orden jurídico. Nos referimos a la falta de reciprocidad, que consiste en excluir la aplicación de las leyes extranjeras cuando provienen de un Estado que, por su parte, no aplica nuestras leyes a casos similares. Esta excepción sólo puede funcionar cuando aplicamos normas nacionales de derecho internacional privado, pues ante normas supranacionales que ordenan a todos los Estados regular la relación mediante un mismo Derecho privado, la excepción carece de sentido.[165]

A titulo de ejemplo podemos citar dos hipótesis donde se admite la excepción. La primera de ellas está contenida en el art. 7 de la *Ley No. 17.164 de patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales* de 2 de setiembre de 1999, la que establece que

> *En los casos de inexistencia de Convenio internacional, los extranjeros tendrán los mismos derechos que los nacionales. El Poder Ejecutivo podrá limitar a aplicación de esta disposición a los nacionales de aquellos países o personas asimiladas a ellos, que concedan una reciprocidad adecuada.*

La segunda hipótesis está reconocida en el art. 242 de la *Ley No. 18.387 sobre la declaración judicial del concurso y reorganización empresarial* de 15 de octubre de 2008, que tiene la siguiente redacción:

> *Art. 242. (Principio del trato nacional). No existirá ninguna diferencia en el tratamiento de los acreedores nacionales y extranjeros, salvo los créditos laborales con privilegio general, que tendrán preferencia para cobrarse sobre los bienes ubicados en el territorio nacional.*
> *Cuando se acredite que en el Estado del domicilio del deudor los acreedores uruguayos no son admitidos en igualdad de condiciones con los nacionales, se estará al principio de reciprocidad. No se aplicará el principio de reciprocidad en el caso de los créditos prendarios o hipotecarios.*

De esta manera resurge el criterio de la reciprocidad, que el derogado Código de Procedimiento Civil de 1878 había reconocido para oponerla al exequátur de sentencias extranjeras, y que estuvo vigente hasta el año 1989, momento en que entró en vigor el Código General del Proceso. De todos modos cabe razonar que esta excepción es específica a los casos puntuales admitidos legalmente y no debe extenderse su funcionamiento a otros ámbitos.

---

[165] Alfonsín, Quintín. *Derecho privado internacional.* Montevideo. 1982. p. 607.

## V
## La excepción del interés del nacional

Se han creado otras excepciones –además de la de orden público internacional, del fraude a la ley, de institución desconocida o de falta de reciprocidad- que pueden impedir la aplicación del Derecho extranjero. La excepción del interés del nacional es una de ellas. Esta excepción se encuentra comprendida en el tercer axioma de Huber.

Lizardi, mexicano de 23 años de edad, era menor de edad de acuerdo a su ley nacional, pero mayor de edad según la ley francesa, y contrajo deudas que no pagó, excepcionándose de hacerlo alegando ante los tribunales su minoría de edad de acuerdo con su ley nacional, la mexicana.

No obstante el argumento de Lizardi, se excluyó la aplicación de la ley nacional del deudor que era la que correspondía, aplicándose en su lugar la ley francesa, argumentándose que se estaba afectando el interés de un francés, siendo suficiente para reconocer validez al contrato otorgado, que éste hubiera sido contratado por un francés *sin ligereza y con buena fe.*

Los fundamentos encontrados para justificar la utilización de esta excepción fueron varios:

- *el interés de un nacional:* este argumento no puede aceptarse debido a que puede ocurrir que en lugar de un francés fuera un extranjero el perjudicado y, en este caso, igualmente la excepción tendría que funcionar;
- *el enriquecimiento sin causa o injusto del deudor en perjuicio de un francés:* tampoco es aceptable porque de ser así, el punto de conexión adecuado a la categoría sería el del lugar del hecho ilícito y no el de la nacionalidad;
- *la ignorancia excusable de la ley extranjera:* este argumento es utilizado por quienes consideran que la ley extranjera es un hecho que debe ser probado, en defecto de lo cual, el juez podrá excusarse de aplicar el Derecho extranjero;
- *la regla locus regit actum, como regla subsidiaria de la ley de la nacionalidad:* en el caso Lizardi, aplicar la ley francesa significó tomar en cuenta la regla *locus regit actum* para regular la capacidad, que en nuestro Derecho está aceptado en materia de regulación de la capacidad especial cambiaria y, en materia de cheques, en las respectivas C.I.D.I.P. s I y II.

### Prueba de la excepción

Sobre el funcionamiento de la excepción se perfilan dos corrientes:

La corriente francesa o subjetiva, aplica el principio *locus regit actum* si lo exigían las circunstancias particulares del caso. Pero el acreedor perjudicado debía probar:

- su buena fe;
- el desconocimiento de la minoridad del extranjero o el disimulo que éste hiciera de ello; y
- un perjuicio al nacional.

Sólo en el caso de que se produzcan estos hechos se aplicaría la regla *locus regit actum* a la capacidad. Si en cambio se demuestra que el acreedor actuó de mala fe, con ligereza o imprudencia, la ignorancia de la ley nacional no sería excusable, lo que podría dar lugar a respetar la incapacidad del extranjero y declarar nulo al contrato.

La corriente alemana u objetiva sostiene que si el deudor fuere capaz de acuerdo a la *lex loci,* aún cuando no lo fuere con arreglo a su ley personal, ello sería suficiente para validar la obligación contraída, sin

mirar otra cosa. Es la solución a la que llegó el art. 74 del *Reglamento Uniforme de La Haya* de 1912, que declaraba que:

> *Es válida la obligación contraída por una persona que carece de capacidad según su ley personal, si la validez ha sido declarada por la ley del lugar donde se contrajo la obligación.*

## VI
## La excepción de ausencia o ruptura de relaciones diplomáticas

No puede admitirse esta excepción a la aplicación del Derecho extranjero por cuanto el Derecho internacional privado no regula relaciones entre Estados sino entre particulares. Una concepción privatista del Derecho internacional privado no permite aceptarla. De prosperar esta excepción el Derecho extranjero debería ser sustituido por el Derecho del foro del juez actuante.

# CAPÍTULO 13

# LA FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS Y LA CIRCULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DOCUMENTOS

## Sección 1
## La forma de los actos jurídicos

Puede causar una cierta sorpresa constatar que en un mundo cada vez más alejado del rito, donde se rechaza la observancia de ciertas ceremonias, en el que se practica la apología de conductas desestructuradas o descontracturadas y al paladar de cada persona, pueda reservarse en el campo del Derecho un lugar especial para analizar las formas de los actos jurídicos. Quizás esa misma persona puede considerar que se trata indudablemente de reglas arcaicas, y que bastará con un leve soplido para que caigan estrepitosamente ante la indiferencia generalizada de los hombres y mujeres contemporáneos hacia comportamientos preestablecidos legalmente. Este razonamiento y esta actitud indudablemente están equivocados, error del que participan incluso algunos especialistas, al desconocer las importantes funciones que cumple la formalidad de los actos en el mundo del Derecho. "Ninguna legislación podría actuar sin un cierto formalismo. La idea de que la historia de las formas de los actos jurídicos conduce a la abolición continua se encuentra contradicha por los datos del Derecho positivo; el legislador moderno a menudo recurre a reglas de forma que sanciona de maneras muy variadas, con la finalidad de adaptarlas mejor a los resultados buscados".[166] Pero antes de internarnos en lo que ese Derecho positivo prescribe se hace necesario realizar algunas precisiones preliminares.

### La distinción entre la forma y el fondo

Acostumbra a oponerse -o al menos a pensar- que existen en todo acto jurídico dos elementos bien definidos: la forma y el fondo. En Derecho interno, se le da mayor importancia -en la mayoría de las situaciones- al fondo que a la forma. Esta última tendría por objeto vestir de alguna manera al fondo mediante un atavío que, en realidad, podría ser cambiado por otro. La forma sería pues un accidente, que se enfrentaría al fondo que sería la sustancia.[167] Cabe advertir sin embargo, que no siempre estos elementos del acto jurídico se encuentra tan netamente separados, ya que en ocasiones se hallan unidos de una manera tan sólida que resulta imposible definir dónde termina una y dónde comienza el otro. Tal es el caso de los títulos valores donde la forma y el fondo se encuentra fuertemente interpenetrados -quizás

---

[166] Delaporte, Vincent. *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé.* Thèse. Paris. 1974.

[167] Para Delaporte "en la forma de los actos debemos incluir a todo comportamiento material impuesto al autor de una manifestación de voluntad. Esta definición es muy amplia. A veces se dice que la voluntad no produce efectos jurídico sino luego de ser exteriorizada, hay un formalismo inherente a todo acto jurídico, pero es evidente que hay que hablar de formalismo sólo cuando la ley subordina total o parcialmente, la eficacia de la voluntad al cumplimiento de determinadas formas y no cuando deja al autor del acto la elección del modo de expresión que le convendría mejor. (…) Un reparto basado sobre el contenido objetivo de las reglas de forma no parece satisfactorio porque conduciría a una enumeración incompleta de las diferentes formalidades y a un reagrupamiento artificial de las reglas que sólo tienen en común el comportamiento material, exterior, que se les impone a las partes, pero que corresponden a necesidades diferentes, por lo que deben estar sometidas a regímenes jurídicos distintos. Así las reglas que exigen la redacción de un escrito estarían inútilmente ubicadas en una misma categoría puesto que el rol del escrito varía según el acto en cuestión. Parecería preferible clasificar a las reglas de forma según la sanción. Este criterio nos conducirá a descartar ciertas categorías clásicas y a aportar otras, y tendría la ventaja de hacer aparecer a través de la sanción de la regla de forma, el interés que ella busca proteger y la institución a la que se conecta."

podríamos decir fundidos- que obliga a implementar una misma solución para ambos aspectos del acto jurídico. Igualmente pueden presentarse problemas de calificación: lo que una ley estima como una cuestión de forma otra lo considera como de fondo; lo que un país considera como de forma otro lo puede considerar como una cuestión de capacidad o de libertad del consentimiento. La característica principal de la forma sería la sustituibilidad, su fungibilidad. Por ejemplo, un testador puede disponer por última voluntad mediante un testamento ológrafo, mediante un testamento solemne abierto o, mediante un testamento solemne cerrado. Hay otros países donde pueden coexistir varias formas de matrimonio: el civil, el religioso o el consensual. Y se percibe también, un menor rigor formal cuando se otorgan relaciones privadas internacionales que cuando se trata de relaciones de puro Derecho interno.

### Intereses eventualmente protegidos mediante el cumplimiento de los requisitos formales

Uno de los fundamentos posibles de la instauración de una regla formal consiste en asegurar la emisión de una voluntad libre, emancipada de presiones en primera instancia, pero también -en cuanto se trata de una libertad meditada la que tiene en mente el legislador- la concesión de un espacio de reflexión acerca de las consecuencias del acto proyectado. El cumplimiento de ciertas formalidades ciertamente retardan el otorgamiento del acto, y ello es querido por el legislador intentando que el otorgante reflexione sobre el acto a consagrar. Desde este punto de vista, la regla formal se convierte en un complemento de las reglas de protección del consentimiento. Al formalismo ideado como una herramienta para exteriorizar el hecho psicológico de la voluntad, y al formalismo considerado como un medio de protección del consentimiento, puede agregársele el formalismo como instrumento de protección de los terceros.[168] E igualmente puede ser un medio para la protección del interés público, al facilitar el control del Estado.

### ¿Las formas de los actos jurídicos conforman una categoría autónoma?

Se ha discutido mucho si todo lo referido a la forma de los actos jurídicos exige la creación de una categoría autónoma con una regulación independiente de cualquier otro aspecto de dichos actos. Hay partidarios de negar esta posibilidad y otros inclinados a admitirla.

- *la forma de los actos no debe merecer una categoría autónoma.* Hay autores que consideran que dada la diversidad existente en las formas jurídicas, en lugar de reagrupar artificialmente a las formas en una misma categoría debería realizarse el esfuerzo de ubicarlas en la categoría a la que pertenezca la institución a la que accede, asumiendo por tanto, un papel subsidiario. La sumisión de la forma a una ley propia sólo sería posible bajo la condición de que su creación no comprometa los intereses de fondo que la forma debe proteger, en cuanto se aduce que "a pesar del carácter mecánico de un sistema conflictualista, sería erróneo pensar que se halle desprovisto de toda justificación racional. El formalismo cumple una función utilitaria innegable y responde a una necesidad social."[169] En la actualidad las manifestaciones del formalismo son múltiples y muy diversas, lo que sorprende más es la heterogeneidad de los fines a que puede apuntar y los intereses que desea proteger: los del autor del acto, los de terceros, los intereses fiscales del Estado o, más ampliamente el interés general. Por tanto, concluyen que "no es

---

[168] Ibídem. "Conviene proteger a los terceros contra los actos en los que no son partes y que pueden modificar su situación. La forma obliga a las partes a exponer su convención y así se evitan los fraudes asegurando a los actos una cierta publicidad. Además, la obligación de observar ciertas formas puede tener por finalidad permitir a los terceros fiarse con total seguridad de las apariencias, limitándose el control a un rápido examen de la regularidad formal del acto que los dispensaría de buscar una realidad más compleja y menos ciertas."

[169] Ibídem.

posible ante tal diversidad, realizar un estudio de conjunto del formalismo jurídico. Las formalidades legales difieren de un acto al otro, protegen diferentes intereses y, en consecuencia, obedecen a regímenes jurídicos muy diversos. A pesar de ciertas similitudes el régimen de las diferentes formas no deja de ser rebelde a toda sistematización.

Desde el momento que la regla de conflicto confía la protección de ciertos intereses a una determinada ley –denominada ley del fondo- la aplicación de esta ley debe extenderse a todas las disposiciones por las cuales ella protege esos intereses. "En cuanto una regla de forma siempre tiende a la protección de un interés de fondo, ella debe estar conectada a la ley que gobierna ese interés. La forma puede estar sometida a otra ley –que normalmente será la ley local- sólo subsidiariamente y bajo la condición de que los intereses que esa ley protege no resulten comprometidos. Pero debe respetarse la relación jerárquica: la ley de la institución de la cual es accesoria la forma guarda su competencia de principio, puesto que es en atención a esta ley que se apreciará la aptitud de cualquier otra ley a reemplazarla para la cuestión de forma."

- *la forma de los actos puede ingresar a una categoría autónoma*. Para otros autores, en cambio, el vínculo evidente entre forma y fondo no constituye un obstáculo a que estos dos elementos puedan regirse por leyes distintas. Ello significaría descartar el carácter accesorio de la categoría "forma de los actos" y considerar que en sí misma pueda tener alguna justificación sólida. El primer Tratado multilateral que tuvo Uruguay como derecho vigente parece apoyar esta posición. El art. 32 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889, señalaba que:

> *la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.*

El art. 36 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940, sigue la misma línea y profundiza la regulación en cuanto distingue entre formas extrínsecas, intrínsecas y publicitarias. Ciertamente existe en esos dos textos convencionales sendos artículos referidos a las formas de los actos jurídicos, eso no cabe discutirlo. ¿Pero, cuánto tiene de autónoma esta categoría? Por lo menos en el Tratado de 1889 esa independencia es muy relativa, en cuanto precisamente somete o sujeta los requisitos formales a la ley que regula el fondo del acto jurídico. No otra cosa puede deducirse de la afirmación que establece que "*la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y calidad del documento correspondiente*". Una disposición contenida en un articulado propio no necesariamente conduce pues, a una regulación autónoma.

¿Ocurre lo mismo con el Tratado de 1940? Muy poco ha variado de la postura asumida 50 años antes. El comienzo del art. 36 es el mismo. Pero, para favorecer la instrumentalización del acto, el segundo inciso señala que ésta se regulará por la ley del lugar del otorgamiento, algo totalmente lógico por cuanto es imposible que el autor de un documento pueda plegarse a las formas intrínsecas que rigen en otro país, por serles totalmente desconocidas. El último inciso del art. 36 se centra en las formas publicitarias o de oponibilidad. También en este caso, el régimen territorial que instaura –y que significa que deberán respetarse las formas de publicidad vigentes en cada lugar donde intente valerse el acto jurídico- obedece al deseo de proteger el negocio realizado extendiendo a todos los terceros existentes en el país, el conocimiento de su otorgamiento. En conclusión, los Tratados analizados más bien se adhieren a la primera corriente de la dependencia de la forma respecto del fondo de los actos jurídicos que a la segunda.

Una última precisión: la sumisión de las exigencias formales al fondo de los actos jurídicos no implica necesariamente la aplicación de la ley que rija el fondo. Es posible que la sustancia del negocio se encuentre mejor realizada recurriendo a otra ley en cuanto a las formalidades a cumplir. La selección de una ley diferente puede ir desde la consagración de una ley para la forma más adaptada a la consumación del acto jurídico o, puede abrirse un abanico de opciones, dentro del cual el sujeto involucrado podrá seleccionar la más favorable. Incluso más, puede llegarse a la fragmentación de los requisitos de forma de conformidad con cada ley local. O a la inversa, que el fondo se regule por varias leyes y la forma por distintas. En definitiva, debe quedar claro que se trata de una subordinación funcional y no estrictamente legal. Que la forma quede sometida a las exigencias del fondo no implica necesariamente la consagración de un paralelismo legal.

## La posición respecto de la forma de los actos jurídicos en la moderna codificación interamericana

¿Qué ha ocurrido a partir de 1975, año en que comienzan a celebrarse las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P.s.)? Examinemos aquellas conectadas con el tema:

- *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de Montevideo de 1979. No vemos una regulación de las formas de los actos jurídicos.

- *Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado* de La Paz de 1984. Esta Convención establece en el art. 2 que

> *Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado parte donde se cumplen los requisitos de forma y de fondo requeridos para la creación de dichas personas.*

Parecería que en este caso, tantos las formas extrínsecas como las instrumentales se deben regular por la ley del lugar de constitución de la persona moral. Hay un régimen especial para las formas publicitarias: en principio, para que la persona moral se considere constituida regularmente, deberá cumplir con las normas publicitarias exigidas por la ley del lugar de su constitución. Pero además, el art. 4 establece que cuando esta persona moral quiera realizar actividades en otro Estado, deberá someterse a las formas publicitarias allí exigidas. La obligación parece ser más extensa cuando la persona moral pretenda instalar la sede efectiva de la administración en un Estado distinto al de su actuación, aplicándose al caso el art. 5.

- *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores* de La Paz de 1984. La Convención determina en el art. 3 que

> *La ley de la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo.*

El art. 6 define la ley competente para los requisitos de publicidad y registro de la adopción, señalando que quedarán sometidos a la ley del Estado donde deben ser cumplidos (ley local), y que en el asiento registral se expresarán la modalidad y características de la adopción.

- *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas* de Montevideo de 1975. Esta Convención somete a la misma solución tanto lo relativo a la forma como lo relacionado con el fondo de las letras de cambio. El art. 2 establece que

> *la forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.*

Sin embargo, el art. 5 contiene un punto de conexión subsidiario:

> *Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indicare el lugar donde se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde deba ser pagada y, si este no constare, por la ley del lugar de su emisión.*

Hay un criterio de favor en el art. 5, cuya finalidad es la de limitar la invalidez según la ley regularmente aplicable, por no haberse cumplido los requisitos de forma impuestos por la ley del acto. Igual solución tenemos en la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques* de 1979.

- *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles* de Panamá de 1975. La solución establecida para las personas jurídicas se aplicará igualmente a la Convención Interamericana sobre Sociedades Mercantiles.

- *Convención Interamericana* sobre *el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero.* El principio general es que la forma de los poderes se regulará por al ley del lugar del otorgamiento del poder, salvo que el poderdante –en el ejercicio de la autonomía de la voluntad- decida someterse a las formas impuestas por la ley del lugar de su ejecución; o cuando la ley del lugar de ejecución imponga normas rigurosamente imperativas de ineludible acatamiento. Si la forma establecida por esta última ley constituye una institución desconocida en el lugar del otorgamiento del poder, se recurrirá a la solución material estipulada en el art. 7.

- *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales* de México de 1994. En cuanto a las formas extrínsecas e instrumentales tenemos los artículos 13 y 16. El primero de ellos considera que

> *Un contrato celebrado entre partes que se encuentran en el mismo Estado será válido en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o, con los fijados en el derecho del Estado donde se celebre o, con el derecho del lugar de su ejecución.*
> *Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige esta Convención en cuanto al fondo o, con los del derecho de uno de los Estados donde se celebra o, con el derecho del lugar de su ejecución.*

Este artículo distingue la formalidad a cubrir según se trate de un contrato entre personas presentes o ausentes. En el primer caso, se permite que los aspectos formales del contrato sean cubiertos por una de las tres siguientes leyes: ley que rige el acto, ley del lugar de celebración o ley del lugar de ejecución. En el segundo caso, serán cuatro leyes las eventualmente aplicables: la ley que rige el contrato en cuanto al fondo, la ley de uno de los Estados de la celebración y la ley del lugar de ejecución. La introducción de puntos de conexión alternativos introduce un criterio de favor, minimizándose los problemas del no acatamiento de las exigencias formales impuestas por alguna de las leyes involucradas. Se deberá buscar la ley validante entre las tres o cuatro comprometidas, y esta validación será reconocida por los demás Estados Parte de la Convención.

La misma actitud desarrollada por estas Convenciones -en cuanto a sujetar las formalidades al objetivo de la mejor satisfacción del fondo del negocio o acto jurídico- puede observarse en los Protocolos que vinculan a Uruguay con los demás países del MERCOSUR. Por razones de espacio nos eximimos, de realizar un comentario más profundo.

El proyecto de ley de derecho internacional privado de Uruguay. El proyecto reproduce en el art. 43 exactamente las mismas soluciones incorporadas al art. 36 del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940. Es de lamentar que no se haya subsanado el error

terminológico contenido en este último. Cuando el Tratado de 1940 habla de "las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan" en realidad está haciendo referencia a las formas instrumentales y no a las solemnes, o sea a los requisitos internos del documento en cuestión. Pero las solemnidades en sentido estricto son determinadas por "la ley que rige los actos jurídicos" en cuanto es esta ley la que decide "sobre la calidad del documento correspondiente" o sea si se exige documento público en general o más concretamente escritura pública o acta notarial, privado simple, privado con firmas certificadas, etc. Es de desear que si logra a acceder a su tratamiento parlamentario, este error sea corregido.

## Clasificación de las formas

La doctrina siguió durante mucho tiempo una clasificación cuatripartita que había llevado a cabo Merlin en el año 1827, la que en realidad debe ser actualizada pues hay dos requisitos calificados como formales que, en realidad, no lo son. Por un lado, las denominadas formas habilitantes dirigidas a suplir el déficit de capacidad de ciertas personas –la autorización del marido en relación con la mujer, o de los padres en relación con los hijos menores de edad, o las autorizaciones judiciales para las personas sometidas a patria potestad, tutela o curatela no pueden considerarse realmente formas sino complementos de la capacidad. Tampoco cabría incluir dentro de los llamados requisitos formales lo que él define como formalidades "intrínsecas". Para Merlin, estas formas constituían la esencia del acto, serían aquellas que le darían el ser y que si no existen, el acto no podría existir. Consideraba como formas intrínsecas: el libre consentimiento de las partes y la existencia de un precio, en el contrato de compraventa. De un modo más general, serían las indispensables para la validez de todo acto: la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y la causa suficiente. En el estado actual de la evolución del Derecho parece imposible compartir estos conceptos puesto que en realidad estamos ante verdaderos requisitos de fondo, ya que sin estos elementos el acto sería inexistente. Integrarían el fondo del mismo y quedarían sometidos a la ley del fondo de dichos actos.

Se pueden realizar diferentes clasificaciones en cuanto a las clases de formas contempladas por la doctrina y el Derecho positivo. En un deseo de simplificación y a la vez pedagógico, nos adherimos a la clasificación realizada por Delaporte que agrupa a las formas en atención a la sanción. El autor referido considera que de esta forma "este criterio nos conducirá a descartar ciertas categorías clásicas y a aportar otras, teniendo además la ventaja de hacer aparecer a través de la sanción de la regla de forma, el interés que ella protege y la institución a la que se conecta." En base a lo expuesto realiza cinco agrupamientos: las formas solemnes, las probatorias, las de oponibilidad dentro las cuales su ubicarían las publicitarias, las complementarias y las constitutivas. Por última agrega aquellas formas desprovistas de sanciones civiles aun cuando pueden generar sanciones fiscales o penales.

a) ***las formas solemnes:*** las formas *ad solemnitatem* serían aquellas sin las cuales la voluntad se halla desprovista de eficacia jurídica. Deben señalarse a texto expreso y se agregan –no sustituyen- a las condiciones generales del fondo del acto. Inciden sobre la existencia y validez del contrato, por ejemplo, la escritura pública para los bienes inmuebles. En los actos solemnes, la forma es consustancial al acto; éste no existe en tanto la voluntad de las partes no se halle revestida de las formas exigidas por la ley. Existen contratos o actos jurídicos en los cuales se requiere su plasmación en un escrito *ad validitatem*, por ejemplo, en el Derecho Comparado para los contratos de enseñanza por correspondencia o la venta a

domicilio. En ocasiones debe incorporarse al documento ciertas menciones con la finalidad de enterar a las partes las consecuencias del negocio, evitar riesgos de error. A veces la ley precisa los caracteres de la escritura a utilizar, si es manuscrita o mecanografiada. La mención de la fecha y una redacción totalmente manuscrita es esencial en el testamento ológrafo. Por otro lado, existen reglas de forma aplicables a determinadas personas como: los analfabetos, los ciegos, los militares, etc. También las formalidades pueden corresponder a necesidades propias de ciertos actos, como por ejemplo la exigencia de una pluralidad de ejemplares.

b) ***Las formas probatorias:*** en cuanto a las formas *ad aprobationem* serían las que no inciden sobre la validez del contrato sino sobre la eficacia de su prueba, ya que constatan la existencia de los actos. Mediante el cumplimiento de ciertas formalidades se busca asegurar la conservación de la prueba de los actos jurídicos ante la eventualidad de un juicio o, ante el surgimiento de una discusión sobre su celebración y sobre los términos en que fue otorgado. Las formas solemnes son indispensables para dar existencia al acto, en cambio las formas probatorias sólo constatarían su existencia. Su ausencia, no produciría otra cosa que dificultar la prueba. Cabe decir por último, que las formas solemnes también serían probatorias, pero la inversa no se da. En tanto el pago hecho en ejecución de un contrato nulo por no observar una forma solemne es un pago indebido, el contrato donde se ha omitido una forma probatoria será válido y la parte que lo cumple ha pagado simplemente su deuda.

c) ***Las formas de oponibilidad:*** Delaporte hace referencia a las formas de oponibilidad y no de publicidad debido a que la oponibilidad a veces resulta subordinada a una formalidad distinta de la publicidad o el registro; además, ciertas publicidades no son sancionadas por la inoponibilidad a los terceros. En definitiva, si bien un acto jurídico tiene su fuente en la voluntad en cuanto hace nacer derechos y obligaciones entre las partes, constituyen sin embargo un hecho que le puede ser oponible a los terceros. Las formas publicitarias están instituidas en beneficio de los terceros, intentan llevar a conocimiento de éstos, los actos que les interesan. No hay que pensar que las formas publicitarias registrales son las únicas. Pueden considerarse formas publicitarias, por ejemplo: la inscripción de los actos traslativos de dominio y de los demás derechos reales inmobiliarios; las publicaciones en un Diario Oficial; y la escritura pública, en cuanto ésta no sea exigida como solemnidad. La tradición codificadora ha sostenido inalterablemente que estas formas deben ser reiteradas en cada Estado.

d) ***Las formas complementarias:*** para Delaporte hay formas cuya observancia no entraña ninguna consecuencia sobre la validez del acto, sobre la prueba o sobre la oponibilidad a los terceros; por ese motivo incluye una cuarta categoría de formas cuyo objetivo es aportarle a un acto una eficacia complementaria que no puede conferirle la simple voluntad, son siempre facultativas. Son de dos clases: en algunos casos ellas sólo buscan agregarle uno o varios efectos al acto, pero en otros tienen un alcance más extenso pues determinan el estatuto aplicable al acto. Su inobservancia no ataca la validez del acto pero de cumplirse la voluntad tendrá una eficacia reforzada. Por ejemplo, la forma notarial cuando no es exigida a título de forma solemne, que le agrega la calidad de título ejecutivo o de fuerza probatoria privilegiada.

e) ***Las formas constitutivas:*** existen ciertas formas que tienen por sí mismas el poder de crear obligaciones independientemente de la voluntad de aquél que se compromete. De alguna manera estas formas sustituyen la voluntad, en el sentido que su observancia engendra el efecto obligatorio no

subordinado a un consentimiento exento de vicios por parte del deudor. Por ejemplo, la inscripción del gravamen hipotecario en el Registro de Hipotecas para que se constituya.

No incluimos en esta clasificación a las formas instrumentales –a pesar de ser contempladas por el derecho positivo- porque o bien se incluyen dentro de las formas solemnes, cuando el ordenamiento jurídico exige la inclusión de ciertas declaraciones o precisiones específicas, o bien dentro de las probatorias. Las formas instrumentales están contenidas en el documento. En una escritura pública serían formas instrumentales el número de la escritura, el título u objeto, la mención a la comparecencia de las partes, la parte dispositiva, los contralores, las firmas de las partes y la autorización del Notario.

## DERECHO POSITIVO

### Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889

***Una sola ley para la forma y el fondo de determinados actos:*** la ley que rige el fondo de los actos, se aplicará también a la forma del matrimonio (art. 11), de los actos jurídicos (art. 32), y de los testamentos (art. 44), pero en este último caso el testamento otorgado por acto público goza de eficacia extraterritorial. Fuera de dichas situaciones, las formas extrínsecas (tanto *ad solemnitatem* como *ad aprobationem*), se rigen por la ley del lugar del cumplimiento (art. 32).

> *La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.*

***Las formas instrumentales:*** se encuentran reguladas por el art. 39

> *Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan. Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.*

En conclusión, las formas extrínsecas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar de ejecución (art. 32), y también las formas instrumentales de los documentos privados (art. 39.2). En cambio, las formas instrumentales de los documentos públicos se regulan por la ley del lugar de su otorgamiento.

### Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940

Este Tratado no registra un cambio sustancial: la forma de los matrimonios (art. 13), de los actos jurídicos (art. 36.1) y de los testamentos (art. 44), se rigen por la ley de fondo, con ciertas particularidades en este último caso. Se unifica el criterio, extendiendo la ley del lugar de cumplimiento a las formas públicas y privadas.

***Formas extrínsecas:*** (art. 36.1)

> *La ley que rige los actos jurídicos decide la calidad del documento correspondiente.*

Como principio general, establece que *todos* los actos jurídicos se regulan por la ley del fondo. Por tanto, abarca a *todos* los contratos y a *todos* los actos que no tengan un régimen específico en cuanto a la forma. El Tratado de 1889 era más restringido, en cuanto hacía referencia a la forma de los contratos.

En materia de adopción, el Tratado adopta la exigencia del "documento público" (art. 23).

La forma de los testamentos se rige por la ley del lugar de los bienes hereditarios o *lex situs.* (art. 44). Pero acto seguido establece que

> *el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne en cualquiera de los Estados contratantes, será admitido en todos los demás.*

***Formas instrumentales.*** (art. 36.2)

El art. 36.2 hace referencia a las formas instrumentales de los documentos públicos y privados, todos ellos se rigen por la ley del lugar de celebración:

> *las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebren u otorguen.*

***Formas de publicidad.*** (art. 36.3)

> *Las formas de publicidad se rigen por la ley de cada Estado.*

### Código Civil

Se aplicará el art. 6 del Código Civil, que no ha sido derogado por el apéndice que incorporó la ley Vargas. Dice así:

> *La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país donde hayan sido otorgados.*
> *En los casos donde las leyes orientales exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera sea la fuerza de éstas en el país donde hubieren sido otorgadas.*

Debe tenerse en cuenta el art. 1581 del C. C., en su nueva redacción, que hace referencia a las formas probatorias, y que aporta la siguiente solución:

> *El instrumento privado cuyas firmas estén autenticadas por notario o autoridad competente, el reconocimiento judicialmente por la parte a quien se opone o el declarado por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el mismo valor que la escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito y de las personas a quienes se han transferido sus obligaciones y derechos por títulos universal o singular, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1583.*
> *Es aplicable a los instrumentos privados lo dispuesto por el art. 1577.* [170]

### Leyes de Derecho internacional privado de la región

La ley del Organismo Judicial de Guatemala regulas tanto las formalidades externas o extrínsecas de los actos y negocios jurídicos como las formalidades extrínsecas por la ley del lugar de celebración (arts. 28 y 29). Tienen la misma solución para los documentos públicos: Canadá (art. 3109 C. C.); el art. 21 del Código Civil de Colombia; el art. 13 del Código Civil de Cuba; Chile en el art. 17 del C. C.; el art. 16 del Código Civil de Ecuador; El Salvador (art. 17 C. C.); el art. 15 del Código Civil de Honduras; y Paraguay (art. 23 C. C.). Costa Rica establece una opción entre las leyes costarricenses o la ley del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre (art. 28 C. C.). Nicaragua se ciñe a la ley del lugar de celebración pero si el contrato tiene efectos en Nicaragua podrán respetarse las formas y solemnidades establecidas por la ley nicaragüense (art. VI.14 del C. C.); igual solución se adoptó por parte de Panamá (art. 7 C. C:).

El art. 2094 del Código Civil peruano prescribe que "la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar donde se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.

---

[170] Art. 1583. El documento privado cuyas firmas estén autenticadas por notario o autoridad competente, se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. Los demás documentos privados emanados de las partes se tendrán por auténticos, salvo que se desconozca su firma si están suscrito o la autoría si no lo están, en las oportunidades que señale la ley procesal o se les impugne mediante tacha de falsedad. Sin perjuicio de ello, la parte que desee servirse de un documento privado emanado de la contraparte podrá, si lo creyere conveniente o en los casos en que la ley lo determina, pedir su reconocimiento por el autor o sus sucesores o representantes, en la firma establecida en la ley procesal. La parte contra quien se presente el instrumento privado está en la obligación de declarar si la firma o en su defecto la autoría, es o no la suya.
Art. 1577. Para el efecto indicado en el artículo anterior, la fuerza probatoria del instrumento público se extiende aún respecto de lo que no se haya expresado sino en términos enunciativos, con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato: en otro caso, no puede servir la enunciación más que de un principio de prueba por escrito. En ningún caso la enunciación produce efecto contra tercero.

La ley venezolana de Derecho internacional privado contiene el art. 37, con un criterio de favor muy acusado regula la forma de los actos jurídicos de la siguiente manera: “los actos jurídicos son válidos en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1) el del lugar de celebración del acto; 2) el que rige el contenido del acto; o 3) el del domicilio de su otorgante o el del domicilio común de sus otorgantes”

### Proyectos de leyes de derecho internacional privado de la región

El proyecto de ley de Uruguay ha incorporado el art. 43 en relación a la forma de los actos. Como primera regla establece que la calidad del documento correspondiente –documento público, documento privado con o sin certificación notarial de firmas, etc.- lo determinará la ley que rige el acto jurídico. Como segundo criterio agrega que las formas instrumentales de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan. Y por último, reconoce la aplicación de la ley territorial a las formas publicitarias y registrales, criterio ampliamente aceptado por la doctrina y el Derecho positivo comparado.
El proyecto argentino ha solucionado el tema en el art. 65 al establecer que: “la imposición de una determinada forma se rige por el Derecho aplicable a la validez intrínseca del acto. La realización de la forma exigida se rige por el Derecho aplicable a la validez intrínseca del acto o por el Derecho del lugar donde los actos se celebran u otorgan, según sea más favorable a la validez del acto. La razonable equivalencia entre la forma impuesta y la realizada se rige por el Derecho aplicable a la validez intrínseca del acto”. Y en cuanto a los medios de publicidad acepta el régimen territorial.

## Sección 2
## La legalización

El documento tiene una determinada apariencia, parece ser algo determinado -por ejemplo, el testimonio de una partida de Registro de Estado Civil- pero su aspecto exterior puede engañar debido a que pudo haber sido falsificado. Si dudamos del origen del documento podría ser fácil verificarlo consultando a la autoridad que presuntamente lo ha expedido, pero ello no siempre es sencillo y menos sobre el plano internacional donde muchas veces se desconoce cómo comunicarse con las autoridades extranjeras y aún haciéndolo, que ella recuerde el acto realizado. Por estas razones el legislador ha establecido requisitos especiales para asegurarse de la autenticidad de un documento extranjero.
La legalización es un procedimiento por medio del cual, se acredita:
a) que un documento público extranjero ha sido extendido por un funcionario competente; y
b) que éste ha actuado dentro de los límites de sus atribuciones.
Los documentos privados no se legalizan, en tanto no han sido expedidos por autoridades públicas, no ha intervenido allí ningún funcionario público. Según el art. 8 de la Convención Interamericana sobre poderes, éstos deben ser legalizados cuando así lo exija la ley del lugar de ejercicio del poder. Con esta solución la Convención Interamericana no llega a suprimir frontalmente el requisito de la legalización pero ha atemperado la exigencia en cuanto a que si la ley del lugar del cumplimiento del poder no lo establece en forma obligatoria, no habrá necesidad entonces, de legalizar el documento extranjero.
Los *Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo* de 1889 y de 1940 aluden a la legalización en el art. 3.

> *Las sentencias y los laudos homologados, dictados en asuntos civiles, comerciales o contencioso-administrativos, las escrituras públicas y los demás documentos otorgados por los funcionarios de un Estado, y los exhortos y cartas rogatorias, se considerarán auténticos en los otros Estados signatarios con arreglo a este Tratado siempre que estén legalizados.*

El art. 4 siguiente consigna además que

> *La legalización se considerará hecha en debida forma cuando se practique con arreglo a las leyes del país donde el documento procede, y éste se halle autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país tuviere acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución.*

Para el caso de la inexistencia de Tratado, se aplicarán las normas nacionales de derecho internacional privado contenidas en el art. 72.2 del Código General del Proceso.

> *Los documentos públicos expedidos en el extranjero deberán presentarse legalizados, salvo excepción establecida por leyes o Tratados.*

La legalización directa. Con respecto a la legalización contamos como ley orgánica para atender este trámite a la ley No. 15.441 de 1 de agosto de 1983, la que establece en el art. 2 que

> *La legalización será considerada hecha en debida forma cuando los documentos extranjeros hayan sido expedidos directamente por la autoridad pública competente, se practique con arreglo a las leyes del país de su procedencia y se efectúe por el Agente Consular de la República en la respectiva localidad, si lo hubiere o, en su defecto, el Cónsul General o Agente Diplomático reconocido ante el mismo.*

O sea que con la legalización se cumple con la cadena de autenticaciones indispensable para favorecer la circulación del documento público. Si se trata de un poder otorgado ante un Notario argentino, se elevará el documento para que legalice la firma del Escribano el Colegio Notarial respectivo (en otro país no colegiado o sometido a superintendencia del Poder Judicial o de otra autoridad pública, se recurrirá a esta última), luego el Ministerio de Relaciones de Argentina, luego el Consulado de Uruguay en Argentina y, por último, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, porque nosotros no sabemos quién es el Cónsul de Uruguay en Argentina y si la firma es realmente la suya, por lo cual es indispensable que la legalización culmine con el trámite ante nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores.

En cambio, si el documento va hacia el extranjero, en este caso basta que el Escribano tenga registrada su firma en el Consulado del país donde se va a acreditar el documento. De lo contrario, recurriremos a la Suprema Corte para que legalice la firma del Notario, y luego ante el Consulado del país donde se va a hacer valer.

La legalización indirecta. También tenemos el caso de la legalización indirecta contenida en el art. 3. La legalización indirecta es aquella que se lleva a cabo cuando no existe un agente diplomático o consular de nuestro país en el lugar del otorgamiento, en cuyo caso se admitirá "la primera legalización" efectuada por un tercer Estado con el cual Uruguay mantenga relaciones diplomáticas o consulares. Sería el caso de un documento público proveniente de Jamaica o de Trinidad-Tobago. Si nuestro país no tiene allí un agente diplomático o consular, pero sí lo tiene Argentina, entonces se recurrirá al Cónsul argentino quien certificará la forma correspondiente y legalizará el documento. Va luego al Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina que legalizará la firma de su Cónsul, luego al Cónsul de Uruguay en Argentina y por último, al Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay.

Prescindencia de legalización

Hay documentos públicos acerca de los cuales se dispone expresamente que no es necesario legalizarlos. Por ejemplo, los transmitidos vía Autoridad Central, o por vía diplomática o consular. En algunas Convenciones, también los exhortos o cartas rogatorias de menor rango entre autoridades de frontera.

Pero no rige con Brasil por problemas de su Constitución que exige indefectiblemente la legalización del Supremo Tribunal Federal. Numerosas Convenciones Interamericanas eximen de la legalización cuando los documentos públicos se tramitan vía Autoridad Central, diplomática o consular: así lo establece el art. 6 de la Convención sobre exhortos y cartas rogatorias; la referida a medidas cautelares (art. 14 b); sobre recepción de pruebas en el extranjero (art. 13); etc.

Cuando no hay Tratado, el Código General del Proceso señala en el art. 572.2 que

> *Art. 572.2. Cuando los exhortos o cartas rogatorias se tramiten por vía consular o diplomática o a través de la autoridad administrativa, será innecesario el requisito de la legalización, debiendo estar acompañada por las respectivas traducciones cuando así correspondiere.*

## Sección 3
## La traducción

Otro elemento a tener en cuenta es la traducción. El Código General del Proceso establece en el art. 527.4 que todos los documentos provenientes del extranjero deberán venir debidamente traducidos. Y el Decreto-Ley No. 15.441 expresa que la traducción debe ser realizada por traductor público uruguayo, nacional del país (art. 6), o que ya venga traducido por el agente consular que Uruguay tenga en el lugar de donde proviene el documento (art. 7). El Código General del Proceso admite la traducción parcial, cuando el documento sea muy extenso (art. 527.4). El art. 9 de la Convención sobre poderes sigue la línea trazada, expresando que los poderes otorgados en otro idioma se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio.

En los casos de falta de Tratado, el art. 527.4 del Código General del Proceso estipula que:

> *Los exhortos o cartas rogatorias y la documentación anexa deberán ser acompañados, en su caso, de la respectiva traducción.*

En Uruguay, hay pocas carreras de Traductorado: alemán, inglés, francés, portugués e italiano. Si se trata de algún otro idioma, un idóneo traducirá y un traductor público certificará la fidelidad de dicha traducción.

# CAPÍTULO 14

# DERECHO REGISTRAL

Hemos analizado en Capítulos anteriores el documento -especialmente del documento proveniente del extranjero, las diferentes formas de que puede estar revestido, su legalización y su traducción cuando proviene de un país con un idioma distinto del nuestro. En este momento nos abocaremos a analizar una rama del Derecho que se encuentra muy vinculada con el documento, que es el Derecho Registral. El Derecho Registral es aquel Derecho encargado de reglamentar la publicidad de la titularidad de los derechos subjetivos o de los actos y negocios jurídicos resultantes de esa titularidad, así como sus modificaciones, sobre los bienes inmuebles, muebles, situaciones personales y derechos incorporales. Pero, además de propiciar el conocimiento de las titularidades o de los actos o negocios jurídicos puede procurar igualmente su oponibilidad *erga omnes* y la protección jurídica a los terceros interesados.[171]

El objetivo básico del Derecho Registral es el conocimiento de los actos y negocios jurídicos que se inscriben, de manera de alcanzar la seguridad en la contratación. Seguridad en un doble sentido: el del titular, en cuanto su derecho le es reconocido públicamente; y el del tercero, en cuanto le permite conocer aquellas situaciones que le puedan ser oponibles.

## Objeto del Derecho Registral

Están quienes sostienen que el Registro inscribe únicamente títulos, que los Registros son Registros de títulos -en un sentido material, en el sentido de documento- y no derechos.

Otros conciben al Registro como un Registro que inscribe derechos, o sea, el derecho nacido del acto o contrato plasmado en un documento.

La doctrina nacional considera que debería asumirse una posición ecléctica al respecto: el Registro inscribe el derecho en unión con su título, puesto que ambos forman una unidad indestructible. El Registro publica las titularidades resultantes de los actos y contratos que ingresan al Registro, o sea que el objeto del Derecho Registral es propiamente la titularidad del derecho *tal como resulta del documento* (título en sentido formal) y de los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos (título en sentido material o de fondo), aun cuando es visible que en el Derecho Registral existe una primacía del Derecho formal o adjetivo.

## Contenido del Derecho Registral

El Derecho Registral estaría constituido por una Parte General -donde quedan comprendidos el concepto de Derecho Registral, el de publicidad, los principios generales propios de esta rama, los actos y negocios jurídicos inscribibles; la matriculación; los efectos de la publicidad (cognoscibilidad y oponibilidad), y la estructura del órgano encargado de cumplir la función registral, o sea, el Registro.

Esta rama del Derecho tiene relaciones obvias con:

- el Derecho Civil, por que muchos de los títulos y negocios pertenecen al área civil;
- el Derecho Mercantil, en cuanto se inscriben por ejemplo, los estatutos de las sociedades;

---

[171] La información que sigue reconoce su fuente en la obra de Cacciatore, *Derecho Registral* y en las obras citadas más adelante.

- el Derecho Procesal, ya que lleva a conocimiento de terceros las sentencias y otros actos jurisdiccionales;
- el Derecho Notarial, en tanto se controla la regularidad del documento notarial al ingresar al Registro;
- el Derecho Tributario, el registrador tiene entre uno de sus cometidos realizar controles fiscales;
- el Derecho Administrativo, cuando una inscripción es rechazada -y ello no es aceptado por el solicitante- puede dar ocasión a un procedimiento administrativo donde se resolverá en definitiva la inscripción o el rechazo del documento presentado;
- forma parte del Derecho Público, en cuanto el interés que satisface el Derecho Registral es el interés público, el interés de la comunidad o comunitario. Además se impone de una manera coercitiva, obligando a su observancia sin que quepa la posibilidad de un apartamiento por parte de los titulares de los derechos.

Por tanto, es posible pensar en un Derecho Registral como una rama del Derecho organizada en función de su objeto, lo que le da unidad y coherencia, o sea, *una autonomía estructural*: ya que se trata de un conjunto de normas dictadas en función de la institución de los Registros Públicos. Si bien tiene una autonomía didáctica, ya que se estudia, conoce y enseña en nuestra Facultad de Derecho como disciplina jurídica independiente de las demás, no tiene empero autonomía científica, en cuanto gran parte de su problemática es resuelta por el Derecho Administrativo.

## La publicidad registral y su naturaleza jurídica

Nos encontramos ante la publicidad registral cuando:
- la fuente de esta publicidad son los Registros Públicos organizados por el Estado;
- los cuales están encargados de dar publicidad los actos jurídicos que la ley dispone que sean inscribibles por este medio;
- encargados de brindar información de los asientos registrales a los terceros interesados.

Nos interesa entonces, aquella publicidad que se canaliza a través de los Registros y no de otras modalidades. La publicidad registral es un instituto directamente vinculado al interés público, ya que es de interés de la comunidad y del Estado organizar la publicidad con el objetivo de garantizar la regularidad en las trasmisiones de derechos, y asegurar el crédito tanto mobiliario, como inmobiliario o mercantil.

Las características de la publicidad registral pueden resumirse de esta manera:

1. *Por lo general, los destinatarios son indeterminados*. O sea que a la información guardada en los Registros, pueden acceder todos quienes tengan interés en conocerla, sin que pueda saberse por anticipado quienes serán.

2. *La accesibilidad a la información es irrestricta.* Cualquiera que tenga interés en conocer una información registral puede acceder a ella.

3. *Esta forma de publicidad es continua, no se interrumpe*. Los Registros se hallan siempre en condiciones de dar toda la información que se solicite en relación a actos y contratos que legalmente deban inscribirse en los mismos, a diferencia de una publicación por medio de avisos, por ejemplo. Se caracteriza por la permanencia. Por tanto, la información registral no sólo es continua sino permanente: el Registro *siempre* está en condiciones de darnos la información que nos pueda interesar.

Se han dado diversos pareceres acerca de su naturaleza jurídica:

a) *la publicidad registral es una declaración:* se trataría de una declaración de voluntad sobre el plano administrativo registral, dirigida a un número indeterminado de personas. *Serían declaraciones no recepticias,* en cuanto carecen de un destinatario determinado.

b) *estamos en presencia de una notificación pública:* si bien las notificaciones suponen un destinatario preciso, concreto y determinado, el Derecho también ha consagrado notificaciones dirigidas a destinatarios indeterminados pero determinables, las cuales podrían calificarse como notificaciones genéricas o públicas, y dentro de esta clase de notificaciones se ubicaría la publicidad registral.

c) *se trata de una formalidad jurídica:* la forma es lo contrario al contenido, materia o sustancia. La forma no tiene otra función que la de ser un instrumento de manifestación del querer interno, sería la conformación exterior de la declaración de voluntad o exteriorización de un acto jurídico.

### Figuras afines a la publicidad

- *Con la publicación.* La publicidad registral se asemeja a las publicaciones realizadas en un diario, por la televisión o la radio, en cuanto se dirige a personas indeterminadas, sin precisar el destinatario concreto de la información. Ambas aseguran el conocimiento legal de lo publicado, pero *la publicación crea una mera presunción de conocimiento*, sin asegurar la certeza, tiene una duración limitada al número de publicaciones que se hagan; en cambio la publicidad registral es continua, lo que permite su consulta en el momento en que requeriente así lo disponga y además auténtica.
- *Con la notificación.* La notificación es una declaración recepticia, en cuanto está dirigida a una persona en particular; en cambio, la publicidad no se dirige a una persona específica sino que tiene como destinatario la generalidad de las personas.

### Eficacia de la publicidad

Además de la oponibilidad de lo inscrito, la ley asigna a la publicidad registral otros efectos jurídicos específicos. Ello permite dividir a la publicidad en dos clases:

- *Publicidad constitutiva*: que forma parte de la creación de un derecho o de una situación jurídica, al incorporarse a los elementos esenciales del acto, por ejemplo la inscripción de la hipoteca en el Registro respectivo; y
- *Publicidad declarativa, reforzativa o convalidante*: en otras, es requisito indispensable para hacer oponible el acto a terceros; para reforzar el derecho de quienes adquieren confiados en la situación publicada, por ejemplo la inscripción de la compraventa de un inmueble.

## Principios registrales

El Derecho Registral funciona en torno a la vigencia de un conjunto de principios medulares. No todos ellos son recogidos por el Derecho positivo de cada país, pero podemos decir que se reiteran ampliamente. ¿Cuáles son esos principios registrales fundamentales organizadores de un sistema registral? Tenemos varios:

Principio de inscripción. La inscripción es la incorporación formal y solemne a los Libros del Registro, de los actos, contratos y hechos que, por su naturaleza pueden tener acceso al mismo. Constituye la culminación de todo un procedimiento que se inicia con la presentación del documento al Registro, su examen por el registrador, y la declaración favorable –provisoria o definitiva- del ingreso del documento al sistema registral. Hay dos formas básicas de inscripción en la actualidad, mediante la incorporación de un ejemplar del negocio, o mediante la incorporación de una ficha contentiva de los

datos fundamentales del mismo, sin perjuicio de la utilización de medios telemáticos volviendo necesaria en tal caso, la presentación de un CD. Esos asientos registrales quedan a disposición para el conocimiento de los terceros interesados. En nuestra legislación la inscripción es facultativa, pero la omisión de inscribir trae aparejada la inoponibilidad frente a terceros del derecho que se tenga.

Principio de rogación. Es aquel principio por el cual el registrador debe actuar siempre a petición del interesado, nunca de oficio, aún cuando se trate de resoluciones de autoridades jurisdiccionales o administrativas cuando la ley exige su inscripción. Una vez solicitada la inscripción, el solicitante o rogante prevé la posibilidad de desistir del pedido de inscripción, pero sólo ocurrirá si el documento no ha sido todavía calificado o, si ha sido inscrito provisoriamente. Una vez inscripto en forma definitiva, sólo puede cancelarse la inscripción mediante decisión judicial. En suma: el registrador sólo inscribe a petición de parte, y únicamente lo que el interesado le ha solicitado.

Principio de prioridad o de rango. Es el principio según el cual los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen *en caso de conflicto,* frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo, o sobre aquellos que han accedido con posterioridad –aun cuando fueron otorgados con anterioridad- controlándose para cumplir con este principio, el día y la hora de su ingreso al Registro. Este principio debe ser respetado sólo cuando estamos ante derechos incompatibles entre sí. En definitiva, el principio de prioridad atiende la prioridad cronológica de la solicitud de inscripción del documento, pero no a la prioridad emergente de la fecha del otorgamiento, en tanto esta última es mucho más fácil de manipular.

En la actualidad algunas legislaciones están aceptando la denominada *reserva de prioridad*, por medio de la cual se bloquea por un espacio de tiempo –generalmente por 30 días- cualquier inscripción sobre bien por el cual se solicitó la reserva para otorgar dentro de ese plazo una escritura. La escritura debe ser autorizada e inscripta dentro del plazo de los 30 días solicitados. Es un acto facultativo, formal y funciona a petición de parte (solicitado por el titular registral o el Escribano actuante), y puede solicitarse por más de un acto o de un bien. Sólo se aplica a los bienes matriculados. Puede ocurrir que una vez solicitada la reserva de prioridad se presente un documento con fecha anterior para ser inscripto, en tal caso se inscribirá en forma condicional aguardando el vencimiento del plazo de 30 días y la constatación de que el acto por el cual se solicitó la reserva se haya inscripto efectivamente dentro de plazo. Si ello no sucede, prevalece la inscripción condicional operada.

Principio de tracto sucesivo. Implica la necesaria secuencia de títulos a lo largo del tiempo: que quien venda haya comprado previamente, o haya heredado el bien, o se lo hayan donado, o lo haya adquirido por prescripción, y así sucesivamente. La gran utilidad de los Registros es precisamente esa: la de mostrar la sucesión de los derechos, lo que se denomina su secuencia.

Principio de matriculación. Significa la acción o el efecto de matricular, registrar o anotar; pudiéndose inscribir personas, cosas o circunstancias, a los fines de prueba o de la constitución de un derecho. Este principio se halla íntimamente relacionado con la división de los sistemas registrales, en sistemas de *folio real* por un lado, y de *de base personal* por el otro. En el sistema de folio o de ficha real se vuelcan todos los datos del inmueble, de su titular y las cargas que lo gravan. Los de base personal se centran en la persona, titular de los bienes o derechos. Este sistema posibilita la correcta individualización

de los bienes o de las personas, y facilita la aplicación de otros principios, como el de la especialidad y el del tracto sucesivo.

La matriculación se lleva a cabo:

- en los Registros de base real, como ser en los Registros de la Propiedad, Sección Inmobiliaria, Sección Mobiliaria y en el Registro de Automotores;
- en los de base personal como los de Prenda, el de Registro Nacional de Actos Personales en sus secciones sobre universalidades, regímenes matrimoniales, mandatos y poderes, sociedades civiles y propiedad horizontal.

No abren matrícula: las cesiones de derechos –como las cesiones de derechos hereditarios- las modificaciones de los actos inscritos, las cancelaciones, las segundas u ulteriores copias de escrituras, y los certificados y testimonios cuando ya estuvieren matriculados.

Principio de especialidad. Los derechos reales inmobiliarios deben estar asentados registralmente con sus elementos característicos, debiendo consignarse: el titular del derecho, la naturaleza de este último, la determinación exacta del bien sobre el cual recae y la proporción que le corresponde a su titular. Es necesario para la transmisión del dominio de bienes inmuebles actuar con planos inscriptos desde el año 1960, lo cual permite constatar las características morfológicas del inmueble. La especialidad no sólo hace referencia al bien sino al derecho que se registra: bienes y derechos deberán ser pulcramente precisados.

Principio de publicidad. Se trataría de aquel efecto *que añadido a* los propios de los actos y contratos asegura ante todos, la titularidad de los derechos, protegiendo al adquirente y facilitando de esta manera, la confianza en el tráfico jurídico. El principio de publicidad tiene por objeto hacer conocer la existencia de los actos, los negocios jurídicos, y las decisiones judiciales y administrativas sometidos a publicidad. Desde un punto de vista formal, la cognoscibilidad se logra mediante la información registral. La publicidad material se identifica con una presunción de exactitud de la información registral, la cual puede ser simplemente *iuris tantum* –hasta que no se pruebe lo contrario- o *iuris et de iure* –aun cuando se pruebe lo contrario- a favor del tercero que ha adquirido el derecho real de quien no era titular pero aparecía como tal en la información solicitada al Registro.

Dentro de este principio se comprende el principio de legitimación y el de fe pública registral. Según Croce, en nuestro Derecho sólo se aplica el aspecto formal del principio y no al material, que tiene que ver con la presunción de exactitud registral, que se vincula con el principio de legitimación que no es de aplicación en nuestro sistema registral. En nuestro ordenamiento jurídico la presunción de exactitud registral admite prueba en contrario, los asientos registrales pueden verse modificados por decisión judicial.

Principio de legitimación. Los asientos registrales se presumen exactos y veraces habilitando al titular registral a actuar en la vida jurídica basado en dicha información. En nuestro Derecho se admite la prueba en contrario. Está reconocido en el art. 335.2 del Código General del Proceso, en cuanto le reconoce al tercerista la posibilidad de demostrar su titularidad sobre ciertos bienes, mediante la exhibición del certificado expedido por el Registro. El art. 335.2 dice así:

> *No será necesaria la tramitación de tercería de dominio cuando se tratare de bienes cuya propiedad surja de inscripción en Registros Públicos.*
> *En estos casos, acreditada por el tercerista, con el certificado respectivo, la titularidad del dominio que invoca, el tribunal ordenará de plano, la cancelación de la cautela, con citación a domicilio de las partes.*

*Estas sólo podrán oponerse alegando y probando el error del informe registral o su falsedad o la inoponibilidad de la inscripción a quien solicitó la cautela. Las oposiciones de cualquier otro género no serán admitidas, sin perjuicio del derecho de hacerlas valer en forma principal, en el proceso autónomo que corresponda.*

Principio de legalidad. Implica el necesario control por parte de las autoridades registrales de los actos inscribibles examinando y cotejando los datos que emergen del documento y los existentes en el Registro. Se controlará la adecuación de los asientos con la realidad, el respeto de los elementos esenciales –formales y sustantivos- para la validez del acto, y la claridad en la redacción respecto de los derechos transmitidos. Los actos celebrados deben respetar las normas de nuestro ordenamiento jurídico. La calificación puede ser formal –al ser necesario el respeto de las exigencias formales de la Ley de Registros Públicos- formal instrumental –que conlleva al control del documento en sí mismo- sustancial -que conduce a la calificación del acto como válido, o absoluta o relativamente nulo, y la calificación fiscal.

El registrador debe determinar si es competente por razones *de territorio* y *de materia*, para realizar la inscripción que se le solicita. Si inscribe el acto a pesar de no estar facultado, la inscripción es absolutamente nula: la inscripción de una hipoteca presentada en el Registro Nacional de Actos Personales sería insanablemente nula; lo mismo ocurriría con una compraventa de un bien ubicado en la ciudad de Salto que se inscribe en la ciudad de Montevideo.

Luego, verificará si la especie es de las admitidas a publicidad por la ley. Por ejemplo: una compraventa, una donación, una hipoteca, una prenda sin desplazamiento, etc.

Comprobará además si en el caso se han cumplido los requisitos esenciales de la categoría jurídica utilizada.

El registrador no puede admitir la inscripción de los actos absolutamente nulos; pero sí de los actos relativamente nulos, en este último caso la inscripción será definitiva pero no subsana la nulidad.

En el Derecho Notarial uruguayo las causas formales de nulidad de las escrituras públicas son bastante limitadas: falta de fecha, falta de identificación del otorgante no conocido –que en tal caso debe mostrar su cédula de identidad-, la incompetencia del autorizante, la inexistencia de matriz, la falta de firma de algún otorgante o del propio autorizante, los enmendados en partes sustanciales de la escritura que no fueren salvados en debida forma, etc.

Las copias de escrituras públicas son nulas cuando: sean expedidas por funcionarios incompetentes, las que no tienen refrendata o la firma del Escribano autorizante, las copias incompletas. Es causal de nulidad relativa, por ejemplo, la falta de signo por parte del Escribano interviniente.

Los documentos privados son nulos cuando no son suscritos por los otorgantes.

Principio de fe pública. Si hubiere una inexactitud registral, el tercero adquirente de buena fe a título oneroso que contrata con quien aparece como titular en el Registro, no se ve perjudicado por la falla registral. No está reconocido en nuestra legislación.

Principio de buena fe. Implica la presunción de que el tercero desconoce la falta de exactitud de la información registral.

## EXAMEN DE ALGUNOS SISTEMAS REGISTRALES

### SISTEMA REGISTRAL ARGENTINO[172]

El registrador se ha inclinado por una registración meramente declarativa ya que reconoce la preexistencia de un derecho real antes de la registración, la registración genera la perfectibilidad pero no configura un requisito indispensable para producir el efecto *erga omnes* propio del derecho real. El nacimiento del derecho real ocurre fuera del Registro. Por otro lado, y como una consecuencia del primero, la inscripción no produce la convalidación del documento que se inscribe en el Registro, no purga sus vicios, manteniéndose las acciones correspondientes para reestablecer los derechos de los particulares damnificados.

La inscripción es de folio real, se extraen ciertos datos considerados legalmente como esenciales para facilitar su conocimiento a los terceros interesados a través de la información sobre pedido. No rige el principio de fe pública registral, por lo cual el principio de presunción de exactitud de los asientos registrales ha quedado muy debilitado. Existe la posibilidad de que haya una realidad extrarregistral diferente a los datos que el Registro está informando a los terceros.

Lo que se inscriben son documentos públicos notariales, judiciales o administrativos, excepcionalmente privados con firmas de los otorgantes, certificadas notarialmente. Puede inscribirse en forma definitiva, provisional o condicional.

Se inscriben documentos que declaran, modifiquen o extingan derechos reales, medidas cautelares, contratos creditorios referidos a inmuebles dentro de los cuales se han incluido los boletos de compraventa a plazos y los contratos de pre-horizontalidad, las reservas de prioridad, la constitución de un bien de familia, la propiedad horizontal y el *leasing* y el tiempo compartido. También las subastas judiciales, las prescripciones, y las servidumbres administrativas.

### SISTEMA REGISTRAL BRASILEÑO[173]

El sistema registral brasileño es novedoso, en cuanto admite la presencia de dos sistemas registrales bastante disímiles: el sistema de registro brasileño y el sistema del Acta Torrens, este último facultativo. También tiene la novedad de que la inscripción registral es constitutiva, se apoya en el negocio causal, y sustituye al modo tradición. De todos modos, la presunción de exactitud es *iuris tantum.* Se inscriben todos los actos de constitución, transmisión o extinción del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, siguiéndose el sistema de *numerus clausus* para los derechos reales. Se lleva por sistema de folio real. Los principios registrales aplicables son: el de rogación; el de tipicidad, en cuanto sólo son registrables los títulos relativos a derechos reales previstos en forma taxativa; el de especialidad, el de fe pública; el de prioridad; el de tracto sucesivo y el de legitimación. Además del de: obligatoriedad de la inscripción, aunque no existen sanciones para la omisión; el de titularidad y el de territorialidad.

Los documentos inscribibles son: la constitución de un Bien de Familia, hipotecas, arrendamientos de inmuebles, servidumbres, usufructos y habitación de inmuebles, compraventa, enfiteusis, anticresis, convenciones pre-nupciales, acciones reales o personales reipersecutorias, permutas, daciones en pago, y en cuanto a los documentos: escrituras publicas y sentencias judiciales.

---

[172] Información basada en la monografía de: Risso, Federico; Molas, Eduardo Emilio, Dietz, Federico y Garmendia Molas, Hernando. *Inscripciones y anotaciones en el sistema registral inmobiliario argentino*.

[173] Información basada la monografía: Diez, Lilia Noemí. *Breves comentarios acerca del sistema registral inmobiliario brasileño*.

El Registro expide certificados a solicitud de parte y tiene un plazo de 5 días para hacerlo. Cada Registro tiene competencia territorial. El Registro de la Propiedad Inmueble es un servicio privado delegado por el Estado al Registrador de la Propiedad. Puede contar con un Oficial de Registro sustituto. Ambos ingresan por concurso público de pruebas y títulos.

En cuanto al Registro Torrens, éste rige desde el año 1890, modificado desde el 22 de agosto de 1988. El propietario de tierras ubicadas en zonas rurales tiene la opción de acudir a este sistema o, por el contrario, al sistema común de registro. Si se inscribe por el sistema Torrens el título inscripto goza de un valor absoluto, inatacable ante impugnaciones posteriores. El Registrador verificará la aquellos documentos que verifiquen el dominio del requeriente, sus datos personales, la identificación del bien, etc. Si la solicitud o la documentación son calificadas como irregulares, se le concederá al solicitante un plazo de 30 días para regularizarlas. Si es considerado regular se enviará al Juzgado para que ordene por una sentencia, la inscripción del documento. Es posible renunciar a la situación jurídica y a los derechos obtenidos por el sistema Torrens mediante manifestación escrita, trasladándose al sistema registral común y cancelándose la inscripción operada con el sistema Torrens.

### SISTEMA REGISTRAL PARAGUAYO[174]

En la Dirección General de Registros Públicos se inscriben los bienes inmuebles, sus modificaciones, certificaciones, gravámenes y medidas cautelares. Las normas que rigen el Registro General de la Propiedad se han hecho extensivas a los demás Registros. El sistema es el del "enlegajamiento". Los principios fundamentales del Régimen registral son: el de inscripción, el de rogación, prioridad, especialidad, tracto sucesivo, legalidad, publicidad registral material (exhibición de los asientos registrales) y formal (emisión de certificados de condiciones de dominio y la emisión de simples informes).

Los asientos registrales se presumen exactos e íntegros. Al ser una información basada en los asientos registrales, el certificado emitido por el Registro goza igualmente de esa presunción. Lo consignado en el siento prevalece ante la falta de concordancia entre el mismo y la realidad extrarregistral, y por la discordancia entre el asiento y el certificado registral emitido por el Registro, lo cual es injusto para quien solicita un certificado de información registral, quedándole como único resguardo solicitar una fotocopia del folio donde consta el asiento. No rige por tanto, el principio de fe pública registral.

Se admite la reserva de prioridad.

### SISTEMA REGISTRAL URUGUAYO[175]

Según Croce, las primeras leyes específicas de la materia refieren al año 1855, aun cuando el sistema registral en la época colonial, mediante la Real Cédula de 1778 extendió la aplicación de la Pragmática Española de 1768 al nuevo continente. Es posible establecer tres hitos o períodos históricos bien determinados: el primero, desde la independencia hasta la sanción de la ley No. 10.793, luego el período de vigencia de esta ley, y por último, la aplicación de la Ley No. 16.781 de 28 de setiembre de 1997 hasta nuestros días.

---

[174] Información basada en la monografía: Ramírez, Rossana Mabel y Cano González, Irma Edith. *El sistema registral paraguayo*. Primer Congreso de Derecho Registral de Paraguay. 1-3 junio 2006.

[175] Información basada en la monografía: Croce Urbina, Juan Pablo. *Sistema Registral Uruguayo.*

Durante el primer período, en el año 1855 se creó el Registro de Ventas, que luego se denominaría de Traslaciones de Dominio y hoy Registro de la Propiedad Inmueble. Era un Registro descentralizado, ubicado en cada capital departamental a cargo de los Juzgados Letrados Departamentales y en las ciudades de menor importancia, de los Jueces de Paz. En 1865 se creó el Registro Nacional de Comercio a cargo de los Juzgados Letrados de Comercio y luego, de los Juzgados Letrados en lo Civil, hasta que en 1986 pasaron a depender de la Dirección General de Registro en Montevideo, y en 1992 en el interior del país. Luego se fueron creando otros Registros que se concentraron en el Registro General de Embargos e Interdicciones: embargos, interdicciones reivindicaciones, investigación de la paternidad, derechos civiles de la mujer y promesas de enajenación de inmuebles a plazos.

El segundo período -marcado por la entrada en vigor de la ley No. 10.793- se inicia un tratamiento orgánico de la materia registral unificando las leyes dispersas. No obstante, la ley manifestó algunas carencias que sólo tiempo después pudieron salvarse con la Ley Orgánica que detallaremos a continuación.

Por ultimo, el tercero período se inició con la Ley Orgánica Registral No. 16.871 de 28 de setiembre de 1997, que comenzó a aplicarse el 1 de mayo de 1998. En líneas generales crea un sistema de base real para el Registro de la Propiedad, y uno de base subjetiva para los Registros de Actos Personales, de Personas Jurídicas y de Prendas sin Desplazamiento. Se incorporaron algunos principios registrales, algunos ya consagrados en la ley anterior: publicidad, inscripción, rogación, especialidad, legalidad, insubsanabilidad, radicación, matriculación, tracto sucesivo y prioridad atenuada. Se requiere el consentimiento del o de la cónyuge de la o del enajenante de un automotor. Y se implanta por primera vez, la reserva de prioridad.

Los Registros pasan a integrar la Dirección General de Registros, Unidad Ejecutora dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Educación y Cultura. La Dirección General de registros tiene la facultad de dictar instrucciones y órdenes de servicio con la finalidad de dar cumplimiento a las normas legales y reglamentarias, a la par de la unificación de los criterios de calificación registral. Como se ve, la Dirección carece de autonomía administrativa y económica, conservando únicamente la autonomía técnica.

Uruguay se encuentra adherido al sistema de folio real. El Registro de la Propiedad se lleva en forma electrónica. El folio para los inmuebles está encabezado por la matrícula que se identifica con el número de padrón del inmueble. La matrícula se integra en el caso de propiedad común por la mención del: Departamento, localidad catastral, y número de padrón; y en el caso de una unidad de propiedad horizontal, por el nivel, bloque y unidad.

La publicidad es declarativa, con la inscripción es oponible a terceros, el derecho no es eficaz ante terceros hasta el momento en que se presente al Registro. Entre las partes, en cambio, los efectos se producirán desde el otorgamiento del acto jurídico. Pero también hay publicidad constitutiva, como en el caso del derecho real de garantía, como la hipoteca, que no tendrá valor alguno sino desde la fecha de su inscripción en el Registro. Existe también, lo que se denomina publicad noticia, en el sentido que es sólo informativa y no influye sobre la eficacia ni sobre la constitución del derecho: las declaraciones de monumentos históricos, la designación de un inmueble para expropiación, la restricciones al derecho de

propiedad o las comunicaciones de la Dirección Nacional de Catastro cundo se afecte el estado catastral de los bienes.

Es posible también, inscribir documentos judiciales: trabas de embargos específicos o interdicciones genéricas, la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, así como su restitución, las decisiones sobre la separación judicial de bienes. Las inscripciones de esta naturaleza pueden originarse por la presencia de un oficio o de una sentencia judicial.

## SISTEMA REGISTRAL AUSTRALIANO[176]

Tiene su origen en el proyecto de Registro de la Propiedad estructurado por Sir Robert Torrens, funcionario de la Corona Británica. Este sistema se ha extendido a Jamaica y República Dominicana en nuestro continente, y constituye un sistema registral opcional para las tierras rurales en Brasil.

Inglaterra colonizó territorios superpoblados como la India, o desiertos como Norteamérica y Australia. Australia inicialmente fue convertida en una penitenciaría, pero luego, dada la extensión de esta isla-continente, se le fue dando importancia a la parte agrícola y se planteó en ese momento la cuestión de la propiedad de la tierra, sobre todo en la parte meridional. Desde 1835 y hasta 1858 se redactaron *deeds*, que consistían en la redacción de escrituras o actas, que al principio no fueron registradas; habían dos clases de propietarios: aquellos que habían obtenido la propiedad directamente de la Corona británica, y aquellos otros que la habían obtenido por compraventa, sucesión, donación, quienes estaban expuestos a ataques a su titularidad muchos más fácilmente que los primeros.

En 1858 se impuso el sistema creado por Torrens que unificó los dos tipos de propiedad y donde:

- existe un paralelismo total entre inscripción y título, son dos documentos exactamente iguales, lo que asegura una concordancia total entre ambos;
- la titularidad según el Registro es garantizada por el Estado, se trata de un Registro convalidante del título con presunción *iuris et de iure;*
- en caso de existir discordancia con la realidad, el Estado indemnizará al titular perjudicado extrayendo el dinero para la indemnización de un Fondo de Seguros que se conforma con las tasas de inscripción;
- se fundamenta en los datos del Registro y del Catastro, cuyos datos deben coincidir,
- es un sistema facultativo y no obligatorio, salvo que el Estado enajene bienes a particulares. El sistema implantado tuvo influencia de Bretaña con la *appropiance*, y de los sistemas hipotecarios de Hamburgo y Bremen. Los dos conceptos fundamentales fueron entonces: la inmatriculación, al intentar incorporar las fincas al sistema de registro, que era voluntario; y el título real.

### Procedimiento de inmatriculación

- El interesado se presenta al Registro con la titulación y el plano topográfico del inmueble;
- pasa al Topógrafo Jefe quien lo analiza cerciorándose de la superficie, de los datos de los linderos, etc.;
- luego pasa a los auxiliares del Registro, quienes elevan un informe a una Comisión encargada de decidir sobre la petición de registro;
- la Comisión, integrada por el registrador y 2 abogados asesores, examina el expediente y admite o rechaza la inscripción. Admitida la inscripción la Comisión fija un plazo de 1 mes a 1 año para que se

[176] Información basada en Cacciatore. *Derecho Registral*

publiquen edictos en los diarios del lugar de la Oficina, anunciando la petición del interesado y el plazo que tienen los terceros para oponerse. La oposición se resuelve por los tribunales.

- De no existir oposición, el expediente vuelve al Registro y se expide un certificado del título exactamente igual al título en sí, o sea que hay un título de propiedad en duplicado: uno para la oficina para integrar el libro registral, y el otro para el interesado y es el título dominial. Como hemos señalado ese título es expedido por el Estado, no por el particular o por un Notario, es inatacable bajo cualquier punto de vista, y es un título real. La adquisición se considera como una adquisición originaria con el respaldo del Estado que ha concedido el Estado. En este sistema el título es el certificado o copia del título que otorga el Estado a los propietarios luego de llenados los requisitos y formalidades exigidas. Expedido el certificado del título luego se van anotando o inscribiendo todos los actos y negocios jurídicos que aparecen en el título del Registro, lo cual aligera enormemente el tráfico inmobiliario.

Lo importante de todo esto es que el título lo otorga el Estado –no lo autoriza un Escribano- y la individualización del bien viene en el título mismo, allí se indican todos los gravámenes y la presunción de dominio es absoluta e irrevocable, lo que se expresa en el título es inmodificable. No se necesita obtener certificados.

### Contratos celebrados de acuerdo al sistema Torrens

Toda la contratación se realiza mediante formularios especiales cuyos modelos están en la ley y en su reglamentación. Cualquiera sea la naturaleza del acto o contrato, la ley le proporciona al interesado los formularios adecuados para cada uno de ellos, a los cuales se les legaliza las firmas por un Juez de Paz u otro funcionario autorizado. Una vez firmados se presentan al Registro para su inscripción, en forma personal o por correo, conjuntamente con el certificado de título que siempre tendrá en su poder el solicitante.

Si el contrato es traslativo, el certificado de título es archivado con los documentos antecedentes, la Oficina le expide un nuevo título a la persona.

En caso de que el negocio sea no traslativo o un gravamen, el propietario vuelve a tener su título con la anotación del contrato celebrado.

Si es una enajenación parcial, se anula el certificado referido a la totalidad del bien y se entrega al titular uno nuevo, con la parte de la que va a ser titular.

### Autenticidad de la contratación

Se organizó un sistema en una época en la cual no abundaban los notarios, por lo que la autenticación se producía mediante la presencia de un testigo, o por cualquier funcionario: registrador, notario, juez o comisario con facultades de dar fe.

Si el titular desea vender, hipotecar o gravar un bien fuera de Australia, se le expide un certificado extracto del Registro matriz, y si otorga algún negocio deberá presentarlo, si no el nuevo acto no se inscribe, salvo que pruebe que ha sido destruido. Funciona como un certificado inhibitorio exactamente igual a una reserva de prioridad.

### Efectos de la inscripción

Por el mero hecho del Registro se transmiten a la parte interesada todos los derechos con las condiciones y modalidades que resulten del acta y aquellos que conceda la ley.

Para el caso de que haya presentación simultánea de dos negocios similares, se inscribirá a quien se encuentre *en poder* del título originario y del certificado de título.

Por tanto, los efectos de la inscripción son de carácter constitutivo, ya que mientras no se presente al registro el documento, éste no produce efectos.

Principios registrales del sistema. Son los siguientes:

- *principio de publicidad*: con la particularidad de consagrar una inscripción facultativa;
- *principio de inmatriculación*: luego de haber cumplido los requisitos exigidos se matricula;
- *principio de rogación*: el procedimiento de inmatriculación comienza con la petición del interesado;
- *principio de especialidad*: la propiedad queda perfectamente delimitada e identificada, así como la situación jurídica del titular;
- *principio de legalidad*: el principio es muy fuerte en este sistema, ya que es un sistema de convalidación sustantiva total;
- *principio de tracto sucesivo*: hay un perfecto encadenamiento de todas las transmisiones del bien, no se puede contratar sin la exhibición del respectivo certificado de título del registro;
- *principio de legitimación y buena fe:* es muy clara ya que se protege totalmente al titular inscrito, lo cual hace que no pueda ser objeto de rectificación ningún asiento registral, aún cuando fuere diferente de la realidad, concretándose la garantía del titular en una indemnización con cargo al Fondo del Seguro,
- *principio de prioridad*: es de recibo total.

Se trata de un sistema práctico y sencillo, con disminución de gastos, proporciona seguridad haciendo inatacable el derecho de dominio, la concordancia del Registro con la realidad física es perfecta, al igual que la catastral.

Tiene los inconvenientes de que los embargos no se inscriben en el certificado de título del titular, y procede aplicarlo en países donde existen grandes propiedades pero no cuando el fraccionamiento es muy acusado. Además, puede haber errores en el negocio en relación con la persona o con el objeto de la transmisión y el sistema vuelve a la operación en inatacable; en definitiva, aparentemente puede favorecer los fraudes de una manera más asidua que el sistema en el que interviene un notario de tipo latino y convalidar vicios de consentimiento.

Convenciones internacionales sobre temas registrales

El Derecho supranacional mantiene una posición uniforme en cuanto a las formas publicitarias, dentro de las que se ubican las registrales. Tanto el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940, en su art. 36 inciso final, como el art. 6 de la *Convención Interamericana sobre adopción internacional de menores*, o el art. 4 de la *Convención Interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero*, o el art. 16 de la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales*, todas ellas reiteramos, sustentan el principio de que los medios de publicidad deben regirse por la ley de cada Estado donde se intente hacer valer un derecho. Su alcance es por tanto, eminentemente territorial.

# CAPÍTULO 15

# LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EXAMINADA A TRAVÉS DEL PROTOCOLO DE LAS LEÑAS DE COOPERACIÓN JURÍDICA EN MATERIA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y ADMINISTRATIVA

Introducción. En una primera instancia, el Protocolo de las Leñas fue pensado para comprender dentro de sí, todas las cuestiones procesales que fuera necesario regular dentro de un bloque de integración económica como es el MERCOSUR. Sin embargo, esa primera idea de abarcar a todo el espectro procesal: cooperación interjurisdiccional en todos su grados, comprensiva desde la simple notificación de un juicio o de una etapa procesal en el extranjero hasta la efectiva y ágil ejecución de una sentencia, no fue posible debido a la reiterada oposición del Brasil, que no quería que su contenido comprendiera la regulación de las medidas cautelares. De todos modos, y a pesar de esa falencia, el Protocolo de Las Leñas se han convertido –junto con el *Protocolo de Ouro Preto sobre medidas cautelares*- en una herramienta indispensable para regular los aspectos procesales mencionados. Este Protocolo fue aprobado por el Consejo del Mercado Común por Decisión 4/1992 y entró en vigor internacionalmente el 17 de marzo de 1996, habiendo sido ratificado por los 4 países socios del MERCOSUR.

El texto tiene 35 artículos divididos en 9 Capítulos y contiene importantes materias procesales:

- la regulación de la cooperación de mero trámite;
- el diligenciamiento de las pruebas en el extranjero;
- el reconocimiento de la igualdad de trato procesal entre los litigantes;
- la fuerza probatoria de los instrumentos públicos, y
- la expedición gratuita de copias de actas de estado civil dentro de un trámite judicial. .

Se le ha agregado un *Acuerdo Complementario,* aprobado en Asunción el 14 de junio de 1997 (Acuerdo No. 1/97), con la finalidad de oficializar la posibilidad de utilizar 11 formularios –redactados en español y en portugués- que simplemente hay que llenarlos cuando se realiza alguno de dichos trámites.

Ámbito espacial. El Protocolo de Las Leñas, en cuanto Tratado, constituye un texto vinculante para los Estados Parte del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Se ha previsto que la adhesión al Tratado de Asunción por cualquier otro Estado, implicará la adhesión *ispso jure* al presente Protocolo. Se trata de una Convención cerrada, sólo aplicable entre los Estados Parte del MERCOSUR.

Ámbito material. La cooperación judicial acordada cubre varias materias: civil, comercial, laboral y administrativa o contencioso-administrativa, e igualmente alcanza al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas para la reparación de daños y restitución de bienes en jurisdicción penal.

La calificación de la calidad de "civil" o "comercial", etc., debe realizarse por la ley de la autoridad peticionante o exhortante, así como también será ella quien califique la calidad de "jurisdiccional" del órgano exhortante.

Las Autoridades Centrales. En atención a los buenos resultados que ha tenido la inserción de Autoridades Centrales en las diferentes Convenciones de las diferentes C.I.D.I.P.s elaboradas en el seno

de la O.E.A., fueron también incorporados a este Protocolo, estos órganos administrativos facilitadores de la cooperación interjurisdiccional. No analizaremos en detalle sus características en cuanto ya fueron estudiadas en la Parte 3 y *mutatis mutandi* el análisis allí realizado puede ser de aplicación aquí.

## I
## De los instrumentos públicos y otros documentos

El Capítulo VI hace referencia a la eficacia extraterritorial de los instrumentos públicos y otros documentos, en los arts. 25 a 27.

El primer artículo señala que:

> *Los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos.*

Además introduce una novedad que ante no habíamos visto ni en los Tratados de Montevideo ni en las numerosas Convenciones de las C.I.D.I.P.s.:

> *Art. 26. Los documentos emanados de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de uno de los Estados Parte, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por intermedio de la Autoridad Central, quedan exceptuados de toda legalización, apostilla u otra formalidad análoga, cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte.*

La novedad se presenta al hacerse alusión a tres clases de documentos extrajudiciales –concretamente notariales- donde ya no se exige dentro del MERCOSUR la legalización de los mismos. Estos documentos son: "las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma (certificados notariales) o la conformidad con el original (testimonios por exhibición), siempre que dichos documentos se tramiten vía Autoridad Central. Es un cambio beneficioso, realmente notable. El art. 26 permite que los certificados de las actas de los Registros de Estado Civil puedan expedirse para la exterior –siempre vía Autoridad Central- totalmente gratuitos. Esta franquicia únicamente vale cuando sea producto de un juicio, no pueden obtenerese esos beneficios extrajudicialmente. El comienzo del art. 26, además del funcionamiento de las Autoridades Centrales, es bien ilustrativo de lo que acabamos de decir.

## II
## Información acerca del derecho de un Estado Parte a un tribunal de otro Estado Parte

Otro tema que cubre el Protocolo de Las Leñas es el de informar el Derecho vigente en los Estados Parte del MERCOSUR y lo hace en el Capítulo VII, arts. 28 a 30. Un mercado económico verdaderamente integrado requiere del conocimiento cierto y exhaustivo del Derecho de los Estados Parte involucrados en el proceso. Por ese motivo, el Protocolo de Las Leñas regula la posibilidad de que las autoridades públicas de cada Estado Parte puedan tener información del derecho vigente en otro Estado Parte.

La información puede ser sobre el Derecho civil, el comercial, el laboral, el administrativo o el derecho internacional privado (art. 28). Estos datos pueden obtenerse de forma absolutamente gratuita cuando ellos son requeridos o solicitados a través de la Autoridad Central. El Protocolo de Las Leñas autoriza también que la información se canalice por vía diplomática o consular. El procedimiento implementado resulta muy útil para aquellos países cuyo ordenamiento jurídico consagre la aplicación de oficio del

Derecho extranjero por el juez de la causa, como es el caso de Uruguay. Los datos pueden hacer referencia a los textos legales, a su vigencia y a la jurisprudencia que pueda existir sobre el tema.

El exhortante puede ser o no, un órgano jurisdiccional. Sólo se exige que sea un organismo público. Y en cuanto al órgano solicitado será directamente la Autoridad Central del país extranjero.

- Si por alguna circunstancia la Autoridad Central no puede proporcionar una respuesta acerca del pedido planteado, podrá recurrirse a la cátedra de derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República, pero raras veces ello ha ocurrido en cuanto, gran parte del personal técnico de la Autoridad Central de nuestro país integra precisamente la cátedra de derecho internacional privado de la referida Facultad.
- Si aconteciera el mismo inconveniente, pero en lugar de doctrina lo que se pide es jurisprudencia, podrá trasladarse el pedido a la Secretaría de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales de Apelaciones.
- Si lo que se solicita únicamente es el texto legal y su vigencia, la Autoridad Central procede a enviar fotocopias del texto con un informe acerca de su vigencia.
- Si, en cambio, la información que se solicita es sobre el Derecho extranjero, se recurrirá a la información que surja de las Bibliotecas existentes en el país, a la Embajada del respectivo país y a otras búsquedas orientadoras como los medios telemáticos.
- El pedido de información proveniente del extranjero, así como el que tiene origen en nuestro país para saber sobre el Derecho extranjero, puede recaer tanto sobre el derecho interno como sobre las normas de derecho internacional privado.

## III
## Igualdad de trato procesal

El Protocolo de Las Leñas reconoce un derecho humano fundamental como es el de la igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros, quienes gozarán de las mismas facilidades para acceder a la Justicia así como para poder cumplir cada una de las etapas que tenga un proceso (arts. 3 y 4). Esa igualdad procesal entre extranjeros y nacionales cubre tanto a las personas físicas como a las jurídicas que han sido constituidas, autorizadas o registradas bajo la ley de cualquiera de los Estados Parte. Implica entonces:

- *acceder con total libertad a la jurisdicción de cualquier Estado Parte,* para la defensa de sus derechos e intereses (art. 3);

- *eliminar la denominada "fianza de arraigo y concederle al extranjero el beneficio de una asistencia letrada gratuita (un Defensor de Oficio) cuando fuere necesario,* en todos los países integrantes del MERCOSUR, La resolución afirmativa sobre el último punto –una vez probada la carencia de medios económicos- tendrá eficacia extraterritorial en igual ámbito geográfico. El reconocimiento expreso de este derecho fundamental garantiza la posibilidad de que la persona que no tenga recursos pueda presentarse judicialmente en el extranjero.

Este derecho se halla reconocido con más detalle en el *Acuerdo sobre el beneficio de litigar si gastos y asistencia jurídica gratuita entre los Estados Parte del MERCOSUR,* aprobado en Florianópolis el 14 de noviembre de 2000. El Acuerdo atiende a la faz económica del hecho de litigar en el ámbito internacional y prevé la posibilidad de exonerar de gastos a determinadas personas que por su nivel económico no

podrían afrontar un juicio en el extranjero. Responde así, a los reclamos de que el proceso de integración denominado MERCOSUR no se encuentra al servicio de las multinacionales o de las grandes firmas exportadoras sino también al servicio del hombre de la calle, del hombre de a pie, de la pequeña y de la mediana empresa.

Ámbito material. Se aplica a todos los trámites en materia civil, comercial, laboral y contencioso - administrativa.

Ámbito subjetivo. ¿Quién se beneficia? Aquella persona sin recursos. Téngase presente que el juez podrá solicitar información a las autoridades de los otros Estados Partes acerca de la situación económica de la persona que lo ha solicitado. Esto es muy importante porque la persona puede aducir que no tiene bienes e ingresos en un Estado pero sí en otros, intentando entonces burlar a la Justicia. El juez realizará las indagaciones correspondientes para ver si no hubo ocultamiento. Y la información la podrá tramitar por tres vías: Autoridad Central, autoridad diplomática o consular y en los casos de jueces ubicados en zonas fronterizas, en forma directa.

Juez competente para decretar el beneficio de litigar sin gastos. De acuerdo al art. 2, será la autoridad del Estado Parte que tenga jurisdicción para entender en el proceso en el que se solicita. Se consagra la eficacia extraterritorial de la decisión por la que se le concede este beneficio a una persona: dicha decisión judicial valdrá en todos los Estados Parte del MERCOSUR. El magistrado también tendrá la facultad de revocar la concesión del beneficio cuando las circunstancias ya no ameriten que tenga que gozar del mismo.

Derecho aplicable. Será el derecho del juez del proceso principal.

## IV
## La cooperación de mero trámite y probatoria

La fuente de estas reglas se encuentra en los Convenios bilaterales uruguayo-brasileño y uruguayo-argentino de cooperación judicial, y también en las Convenciones Interamericanas sobre exhortos y cartas rogatorias y de recepción de pruebas en el extranjero. La cooperación interjurisdiccional se ve impulsada de oficio en cuestiones de mero trámite y probatorias, que son los más numerosos.

a) ***la cooperación de mero trámite***: comprende la necesidad de realizar determinadas citaciones, emplazamientos –o citaciones con plazo como se dice en Brasil- notificaciones, etc., que permiten dar impulso y desarrollar un proceso seguido en un país extranjero. La doctrina ha considerado a esta cooperación como teniendo un muy bajo grado de intensidad, debido a que la medida que se solicita surtirá efectos en el foro del Estado exhortante, o sea, en el Estado donde se desarrolla el juicio que requiere de una cooperación internacional.

Es muy difícil que en estos casos pueda entrar en funcionamiento la excepción del orden público internacional. La doctrina es conteste en afirmar que sólo debe controlarse el cumplimiento de ciertos requisitos formales. Si la autoridad extranjera no ha cumplido con tales requisitos, la Autoridad Central de Uruguay igual remitirá el exhorto al órgano exhortado, con un informe agregado, acerca de las irregularidades formales que pueda llegar a tener.

b) ***en cuanto a la cooperación en materia probatoria***: se persigue el diligenciamiento de pruebas en el exterior. También representa un auxilio judicial interestatal muy simple, y el hecho de recabar la prueba en un país extranjero no compromete al Estado que brinda esa posibilidad.

En estos casos, puede ser factible que el Estado exhortado interponga la excepción de orden público internacional, como por ejemplo, para negarse a diligenciar un prueba solicitada de determinada manera desde el extranjero, por ejemplo, si se solicita un ordalía de tipo medieval, o una declaración con pentotal, o la interceptación y grabación de una conversación privada –personal o telefónica- para luego se usada en el juicio, o la obligación de invocar a Dios o a Alá, o a juramentar sobre la Biblia o el Corán. Como se ve, este tipo de cooperación tiene un poco más de incidencia en el Estado rogado.

Al igual que en el caso de la cooperación de mero trámite, si el exhorto proveniente del extranjero no cumple con los requisitos formales, la Autoridad Central igual procede a enviarlo a la sede exhortada, informándole además, de la irregularidad cometida. Salvo que el exhorto no tenga firma: en este caso se devuelve a la Autoridad Central exhortante para que lo complete. En el Protocolo de Las Leñas, la obtención de pruebas en el extranjero cuenta con una regulación específica, paralela al régimen de las diligencias de mero trámite.

## Los exhortos o cartas rogatorias vehículo documental por excelencia de la cooperación interestatal

- ***La solicitud de cooperación internacional debe instrumentarse a través de exhortos***. Todas las actividades cooperativas deben realizarse a través de exhortos o cartas rogatorias. ¿Qué es el exhorto? El exhorto es el ruego, pedido o imprecación que el juez de un país dirige a otro ubicado en el extranjero, pidiéndole que realice un acto procesal en el territorio de este último o que le proporcione un informe en interés de la justicia.

- ***El exhorto debe provenir de, y debe dirigirse a, órganos jurisdiccionales***. El exhorto debe ser prestado *entre* jueces o tribunales, o sea, entre órganos que puedan pertenecer o no al Poder Judicial –esto no interesa- pero eso sí, según la opinión de Tellechea Bergman deben ser verdaderamente independientes y capaces de resolver con autoridad de cosa juzgada, las controversias que se plantean en su jurisdicción.

La calidad jurisdiccional del órgano exhortante corresponde que sea calificada por la ley del país que pide la medida. Ante la solicitud, y según el mismo autor, el Estado rogado podrá rechazar el pedido de cooperación acudiendo a la excepción de orden público internacional cuando el órgano requeriente extranjero no tenga las cualidades de un auténtico tribunal de justicia, por ejemplo, una notoria falta de independencia a la hora de juzgar por influencia del poder político, ya que atentaría contra el derecho superior a tener una correcta defensa.

- ***el exhorto que solicite la realización de una diligencia procesal en un país extranjero, deberá ajustarse a condiciones formales, procesales y sustantivas***. El primer aspecto que corresponde controlar consiste en asegurarse que el pedido sea auténtico. Debido a que el Protocolo de Las Leñas reconoce a las Autoridades Centrales como la única vía de transmisión de los exhortos, se prescinde de la exigencia de la legalización. Los exhortos *no* deben ser legalizados.

Para un mayor control del funcionamiento de esta cooperación a través de exhortos o cartas rogatorias, el art. 6 y en actividades de mero trámite y probatorias, considera que:

- debe haber una individualización del órgano requeriente y del respectivo expediente (literal );

- debe haber una especificación de la naturaleza y del objeto de litigio, de los nombres y domicilios de las partes (lit. b);

- debe realizarse una trascripción de la resolución judicial que ordenó la expedición de la rogatoria (lit. c);
- la literal d) reconoce y autoriza la posibilidad de utilizar apoderados. El nombramiento de un apoderado es facultativo ("puede", no "debe"), puesto que en el Protocolo el impulso procesal de la rogatoria se cumple de oficio por la autoridad exhortada, no se requiere el impulso de la parte litigante.

La literal e) exige indicar el objeto del exhorto. El magistrado rogado tiene que tener la posibilidad de ubicarse en el sentido o finalidad del trámite que se necesita, con el objetivo de cumplirlo eficazmente. Si los datos del domicilio de quien es el destinatario son inexactos o están incompletos, el exhorto no se rechaza *de plano*, sino que podrá pedirse a la autoridad requeriente, la información complementaria acerca de la identidad y la localización de las personas, tal como debe ser la actitud de los magistrados y de las Autoridades Centrales ante la presencia de otras irregularidades que ya hemos visto.

El art. 6 se cierra con la literal h) que permite agregar "cualquier otra información" que pueda ser útil para su mejor diligenciamiento, de manera de admitir cualquier otro dato que mejore la realización del trámite.

***Requisitos procesales**:* el exhorto debe informar el plazo del que dispone la autoridad rogada para cumplirlo, y también de las formas o procedimientos especiales que quiere que se vean aplicados en la realización de la medida.

Además de los requisitos generales que ya hemos visto, el exhorto que solicita el diligenciamiento de una prueba, deberá contener de conformidad con el art. 7: el nombre y domicilio de los testigos, etc., toda información imprescindible para identificar y ubicar a las personas físicas o morales que deban participar en la prueba rogada; y el texto de los interrogatorios y demás documentos indispensables.

Diligenciamiento del exhorto: la tramitación de las diligencias solicitadas se regirán por las normas procesales del foro del Estado exhortado, el juez rogado igualmente deberá resolver de acuerdo a los preceptos del foro, todas las cuestiones que se planteen con motivo del cumplimiento de la diligencia. Existe la posibilidad del magistrado exhortante solicite que la diligencia se haga de acuerdo a trámites especiales, ello es posible para el Protocolo, bajo la condición de que no resulten inconciliables con el orden público procesal del Estado requerido. El art. 9 establece que la autoridad jurisdiccional requerida que se declare incompetente para llevar a cabo la medida rogada no deberá rechazar el pedido sino que deberá remitirlo de oficio al tribunal competente de su propio Estado.

Impulso procesal: (art. 8) El Protocolo de Las Leñas consagra el impulso procesal *de oficio* como principio básico para el diligenciamiento de las rogatorias de cooperación de mero trámite y probatorias. Ello no obsta que la parte interesada intervenga en el proceso, por sí o por intermedio de un apoderado, si considera que con ello agilitará la diligencia impetrada.

Gratuidad: (art. 15) Con el fin de facilitar la prestación del auxilio entre autoridades jurisdiccionales, el Protocolo de Las Leñas exime del pago de los gastos que la medida originare, lo cual evidentemente constituye un aporte positivo a la cooperación procesal internacional.

No obstante, el principio general admite excepciones; se trata de casos donde se permite exigir el pago de los costos cuando las actuaciones a realizar originen erogaciones importantes, o cuando sea necesario designar a profesionales para intervenir en el diligenciamiento. En tal hipótesis, la propia rogatoria tiene que identificar a la persona que deberá proceder al pago de los gastos y honorarios que se puedan generar en el Estado requerido. La doctrina considera que estas excepciones a la gratuidad tienen un carácter taxativo.

Aplicación de medidas coercitivas por el juez exhortado: el art. 13 autoriza al tribunal rogado a aplicar aquellas medidas coercitivas aceptadas por su propia legislación para contribuir a asegurar el cumplimiento del trámite solicitado por el juez extranjero. No cuesta mucho pensar en que el área más importante donde se aplicarán estas medidas será el de la prueba, obligando a la comparecencia de testigos o a la exhibición de determinados documentos.

Posibilidad de la presencia de la parte o de la autoridad judicial requeriente en el diligenciamiento del exhorto: la posibilidad de que esté presente la parte requeriente de la medida de cooperación o que esté presente el propio juez extranjero requeriente constituye también una innovación que va en provecho de una cooperación internacional más efectiva. El Protocolo de Las Leñas autoriza al tribunal exhortante a pedirle al tribunal exhortado, que le informe acerca del lugar y de la fecha en que se llevará a cabo la cooperación solicitada, con el objetivo de que la parte o la autoridad judicial puedan estar presentes y ejercer las facultades que autorice la legislación del Estado requerido. Si la legislación de este país lo permite, se podrá realizar un careo (acareaçao o confronto) entre la parte requeriente y el testigo o el demandado, o el propio juez extranjero podrá interrogar al testigo o al demandado, de un modo directo. No se escapa que se le da una mayor eficacia al principio de inmediación que se extiende de esta manera al ámbito internacional.

Obligación de comunicar el cumplimiento del exhorto: el art. 14 establece que la realización de la medida rogada o su incumplimiento –total o parcial- deberá ser notificada *inmediatamente* al tribunal exhortante, por medio de las Autoridades Centrales. Si no se ha podido diligenciar, total o parcialmente, la medida impetrada, también deberá hacérselo saber y deben consignarse los motivos de la imposibilidad.

Autonomía del acto cooperativo de mero trámite o de prueba: el Protocolo de Las Leñas no contiene normas que protejan la competencia exclusiva del Estado requerido, el cual sólo se limitará a examinar las condiciones del exhorto sin entrar a controlar la competencia internacional de la autoridad requeriente. En estos casos no sea aplicará nunca el art. 539.4 del Código General del Proceso.

Asimismo, el cumplimiento de la medida impetrada no significará un reconocimiento ni de la competencia del tribunal exhortante, ni que por el hecho de tramitar el exhorto cooperativo el Estado requerido se encuentre obligado, en el futuro, a ejecutar la sentencia que resulte del juicio extranjero, se trata simplemente de un actividad de auxilio procesal que debe ser enmarcado estrictamente en ese contexto. La competencia internacional se podrá plantear más adelante: cuando se solicite el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera.

## V
## Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales

El Protocolo de Las Leñas regula otro tema: el de la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en materia civil, comercial, laboral y contencioso-administrativa, así como las sentencias pronunciadas en sede penal en materia de reparación de daños y restitución de bienes. Por tanto, hace referencia a la competencia indirecta aunque no marca los criterios de una racional distribución. La solución se basa fundamentalmente en los Convenios uruguayo-argentino y uruguayo-brasileño, así como en la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, aprobada en la C.I.D.I.P. II, reunida en Montevideo, en el año 1979.

La parte del art. 18, referida a la ejecución de los laudos arbitrales ha sido derogada por el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, aprobado en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998.

Comprenden todas aquellas decisiones judiciales que tengan firmeza, en la medida que concluyan el procedimiento contencioso.

El Protocolo de Las Leñas condiciona el reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales o de los laudos arbitrales extranjeros a que haya sido pronunciada en el territorio de un Estado Parte. Reafirma el carácter cerrado del Tratado tomando en consideración la serie de beneficios que proporciona.

Requisitos para obtener la eficacia extraterritorial. Para que una sentencia o un laudo arbitral dictado en un Estado Parte pueda obtener eficacia en otro Estado Parte, deberá ajustarse a imprescindibles condiciones formales, procesales y sustantivas.

a) ***requisitos formales***: los fallos extranjeros deberán venir con las exigencias formales del derecho procesal del Estado Parte de origen. Cuando el idioma en el Estado requerido sea distinto del utilizado en el Estado requeriente –el problema queda circunscrito al idioma español y al idioma portugués- se obliga a hacer una traducción. No se requiere la legalización por cuanto el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras se llevará a cabo dentro del ámbito del MERCOSUR y por medio de la Autoridad Central.

b) ***Requisitos procesales***: se ha exigido tradicionalmente que la decisión extranjera provenga de un tribunal que posea competencia internacional para conocer el caso. Que en el lugar donde se desarrolló el juicio, éste se haya ajustado además, a las garantías procesales esenciales, como el respeto al principo del debido proceso, e igualmente que no exista cosa juzgada y litispendencia en el Estado receptor sobre la misma cuestión y entre las mismas partes.

Si no hay Tratado entre los Estados Parte involucrados respecto de los criterios a adoptar en materia de competencia judicial directa, para saber si el juez extranjero que dictó la sentencia fue competente en el ámbito internacional, la solución tradicional es que hay que acudir a las normas nacionales del Estado requerido o exhortado. Uruguay ha seguido una solución inversa en el Código General del Proceso, por medio de la cual Uruguay se satisface con que la competencia de la autoridad extranjera lo sea de acuerdo a sus propios criterios y no conforme al Derecho uruguayo, salvo que exista una competencia exclusiva de los tribunales uruguayos sobre el tema. Si hay Tratado sobre este aspecto, habrá que acudir a él.

En segundo lugar, habrá que controlar también, que en el juicio extranjero se hayan respetado las garantías del debido procesal legal. El principio es que nadie puede ser juzgado sin una previa notificación que asegure una razonable posibilidad de defenderse.

En tercer término, la sentencia extranjera debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada, pues parece inadmisible que una sentencia pueda producir efectos en otro Estado si no es capaz de producirlos en el propio país donde se dictó. El art. 20.c. hace depender la autoridad de cosa juzgada de la ley del país donde se dictó el fallo judicial o arbitral, por lo que únicamente tendrán eficacia extraterritorial aquellos fallos extranjeros que hayan sido calificados como pasados en autoridad de cosa juzgada en el propio país donde fueron dictados.

Por último, el art. 22 del Protocolo exige que no haya cosa juzgada o litispendencia en el Estado Parte donde se requiera el auxilio. En ese sentido, el Protocolo es más amplio que los textos normativos que le sirvieron de inspiración.

c) ***Requisitos sustantivos****:* la decisión extranjera cuyo reconocimiento o ejecución se intenta obtener en territorio nacional, además no debe lesionar el orden público internacional del Estado donde se invoca. Por tanto, corresponde examinar la parte dispositiva de la sentencia extranjera para constatar que no se hayan lesionado los principios básicos en los que se asienta el Estado Parte receptor del pedido.

Ejecución parcial de las sentencias y fallos arbitrales. Si el fallo extranjero contiene algún pronunciamiento que ataque al ordenamiento jurídico del Estado rogado, ello impedirá reconocerlo o ejecutarlo en el foro. El orden público internacional afectado puede ser sustantivo o procesal. Bastará con que el fallo reúna los requisitos formales, procesales y sustantivos establecidos en el Protocolo, para que los fallos gocen de eficacia extraterritorial dentro del ámbito del MERCOSUR.

Procedimiento para el reconocimiento y la ejecución

El Protocolo de Las Leñas distingue entre reconocimiento y ejecución. Muchos Tratados y Convenciones lo hacen.

- ***Reconocimiento***. El reconocimiento significa un examen de la sentencia extranjera en cuanto a constatar que se han cumplido con todos los requisitos formales, procesales y sustantivos exigidos por el Protocolo. Puede ser realizado por cualquier persona –profesional o funcionario- y llevado a cabo respecto de cualquier sentencia: declarativa, constitutiva o de condena. El art. 538.3 del Código General del Proceso lo define como:

> *El reconocimiento es el acto o secuela de actos procesales, cumplidos al simple efecto de establecer si la sentencia reúne los requisitos indispensables de acuerdo con las disposiciones del presente Capítulo.*

- ***Ejecución.*** Pero, cuando procede la ejecución se hace necesario el examen de la sentencia extranjera de un modo más profundo, por un órgano judicial –que puede ser la Suprema Corte de Justicia o el Supremo Tribunal Federal, o un juez ordinario- y que cumple a través de un juicio que se denomina exequátur, que procede *únicamente* en las sentencias de condena. Por tanto, si bien toda sentencia implica un reconocimiento, no toda sentencia implica ejecución. O dicho en otras palabras: no puede haber ejecución sin reconocimiento, pero puede haber reconocimiento sin llegar a la ejecución. Dependerá de la naturaleza de la sentencia extranjera que se invoque: si es declarativa, constitutiva o de condena.

Es definida por el art. 538.4 del Código General del Proceso de esta manera:

> *La ejecución es el acto o secuela de actos procesales dirigidos a obtener el cumplimiento de las sentencias extranjeras de condena.*

# CAPÍTULO 16

# EJECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS[177]

El objetivo principal y natural de toda persona que presenta una demanda ante un tribunal de Justicia consiste en obtener una sentencia que no sólo le sea favorable sino también que sea eficaz, que pueda efectivamente cumplirse. Que la sentencia acceda a su pretensión y le sirva para satisfacerla. Generalmente ambas cosas son aseguradas dentro de las fronteras del Estado donde se dictó la sentencia.

Pero en ciertas circunstancias puede ocurrir que se quiebre el vínculo que debe existir entre el reconocimiento judicial de un derecho y su cumplimiento o realización material voluntaria. La sola existencia de una sentencia sobre el plano jurídico puede ser insuficiente debido a que el perdidoso no la quiera cumplir. En tal caso el derecho reconocido en la decisión judicial sólo podrá ser satisfecho por la fuerza.

La situación se agravará si la ejecución debe cumplirse en el extranjero. Si ocurre tal situación, el vencedor en un juicio comprobará cómo los Estados son en este punto, celosos custodios de sus soberanías respectivas: cada Estado será guardián de su competencia y del ejercicio de la coerción o de la fuerza dentro de su propio territorio. En este caso, la sentencia se encuentra como enjaulada, dando la razón pero incapaz de imponerla.

## Naturaleza jurídica de la sentencia extranjera

***1) las sentencias extranjeras son consideradas un hecho****:* antiguamente había una concepción territorialista del Derecho, se partía de la base de que los jueces no tenían la obligación de reconocer los fallos extranjeros. Las decisiones judiciales sólo tenían eficacia territorial y sólo revestían un carácter *jurídico* dentro del ámbito del territorio donde se dictaban por cuanto los Estados gozaban plenamente del poder de hacer ejecutar lo juzgado. Fuera del territorio donde fueron dictadas, las sentencias carecían totalmente de eficacia. Un ejemplo de esta postura es dada por Etienne Bartin.

2) ***las sentencias extranjeras son consideradas actos jurídicos****:* la concepción territorialista del Derecho fue la situación predominante durante mucho tiempo, pero con la multiplicación de las relaciones privadas internacionales, que comenzó a ocurrir en el s. XIX, la situación comenzó a cambiar. Los Estados fueron empujados por una razón de necesidad o utilidad recíprocas, que los llevó a admitir dentro de su territorio, las decisiones judiciales procedentes del exterior con una eficacia plena, total, aunque en algunos casos sometiéndolas a una fiscalización o control a través del exequátur.

Al considerar a las sentencias extranjeras como actos jurídicos se parte de la base de que todo Estado tiene la obligación de aceptar y reconocer a los fallos extranjeros. Al aspirarse como objetivo a la conformación de una comunidad jurídica internacional, los Estados tienen el deber de aceptar o reconocer la eficacia de los actos provenientes de un país extranjero siempre que se encuentren regularmente emitidos. Porque si bien hay una presunción de buena fe, debe producirse necesariamente una fiscalización o un control. Los motivos para adoptar esta posición son varios:

---

[177] Puede consultarse la monografía del Prof. Adolfo Gelsi Bidart *Planteamiento procesal del tema de la sentencia extranjera.* Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, a la que hemos recurrido en más de una oportunidad. T. 56. p. 227 a 243.

- *proteger la soberanía del Estado requerido:* es uno de los justificativos dados por Alfonsín, quien considera que si bien es correcto tomar en consideración las exigencias del comercio internacional, esa aceptación no puede llevarse a cabo de una manera indiscriminada. Cada Estado debe conservar su derecho a rechazar aquellas sentencias que choquen contra sus principios fundamentales, contra su orden público internacional. Pero, de todos modos, tampoco hay que deslizarse hacia el otro extremo intentando proceder a una revisión total del caso, incluso abriendo un nuevo juicio en el foro;
- *los intereses del comercio internacional:* los intereses del comercio internacional también requieren la realización de un control sobre la sentencia judicial extranjera. Desde el punto de vista internacional sería perturbador reconocer la eficacia de decisiones judiciales que no tengan un mínimo estándar en cuanto a la competencia judicial y en cuanto al procedimiento judicial. Parecería que, *prima facie*, nadie debería estar interesado en otorgarle eficacia extraterritorial a sentencias dictadas por jueces desprovistos de toda conexión razonable con el caso litigioso; como sucedió en el caso Claude Quilly, en la reclamación alimentaria de que fue objeto. O, como resultado de un juicio en el cual no se citó al demandado. Lamentablemente, estos casos existen.

Con la finalidad de evitar todas estas situaciones, el legislador estatal debe determinar, de acuerdo a sus propios criterios, el alcance de su propia jurisdicción. También sucede que a través del establecimiento de estos criterios propios, se ejercita muchas veces un verdadero imperialismo jurisdiccional, haciéndose competente en casos con los cuales no se está suficientemente conectado. La sanción natural para este tipo de sentencias es la de imponerles la inefectividad internacional: que ningún país extranjero las reconozca.

Entonces, la conclusión que se impone es la de que debe haber un equilibrio entre el rechazo y la admisión, y para ello debemos concluir que debe ejercerse un control sobre los requisitos más importantes de que debe estar rodeada una sentencia extranjera.

## Concepto de sentencia extranjera

Quintín Alfonsín distinguía, dentro de la categoría "sentencias extranjeras" a las nacionales y a las internacionales, según el órgano que intervenga: una y otra serían las dictadas por órganos nacionales y las dictadas por órganos internacionales respectivamente. El art. 5 al final, del Tratado de 1940 especifica que:

> *Quedan incluidas en el presente artículo, las sentencias civiles dictadas en cualquier Estado signatario, por un tribunal internacional, que se refieran a personas o intereses privados.*

Y el art. 537.1. del Código General del Proceso señala que

> *El presente Capítulo se aplicará a las sentencias dictadas en país extranjero en materia civil, comercial, de familia, laboral y contencioso-administrativa; también comprenderá las sentencias dictadas en tales materias por tribunales internacionales, cuando éstas se refieran a personas o intereses privados.*

Reacuérdese la doble calificación de laudo arbitral extranjero impuesta por la Convención de Nueva York.

## Relevancia de una sentencia extranjera

¿Qué efectos o eficacia puede producir una sentencia en otros países? De acuerdo a Gelsi Bidart estos efectos pueden ser variados:

1) ***invocación de la sentencia como medio de prueba:*** por ejemplo, los arts. 3 y 4 del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940:

> *Art. 3. las sentencias y los laudos homologados, dictados en asuntos civiles, comerciales o contencioso-administrativos; las escritura públicas y los demás documentos otorgados por los funcionarios de un Estado; y los exhortos y cartas rogatorias, se considerarán auténticos en los otros Estados signatarios con arreglo a este Tratado siempre que estén legalizados.*
>
> *Art. 4.La legalización se considerará hecha en debida forma cuando se practique con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halle autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país tuviere acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución.*

O el art. 538.1 del Código General del Proceso:

> *Las sentencias extranjeras tendrán en la República efectos imperativos, probatorios y fuerza ejecutoria, con arreglo a las disposiciones del presente Capítulo.*

La sentencia puede invocarse como prueba de un hecho. Esto se debe a que la sentencia como documento público vale como una historia fidedigna del proceso, de lo que se realizó en él, de los diversos trámites que la precedieron: el relatorio que hace el juez del proceso tal como sucedieron, acorde a la realidad. Es así que en nuestro país puede hacerse valer en juicio una sentencia extranjera de la cual emerjan determinados hechos.

No obstante, Gelsi advertía que hay que distinguir entre la prueba de los actos procesales y la prueba de los hechos concretos del litigio. Si la sentencia es invocada como probatoria del proceso en sí, no se requiere un juicio previo de exequátur. Como documento público que es, la sentencia hace fe del hecho de haberse otorgado y de su fecha, y de todo lo que verificó directamente al juez extranjero: que Juan Pérez compareció tal día en el Juzgado, que tal día se abrió el juicio a prueba, que en tal fecha se realizó o no se realizó tal audiencia, etc.

Pero, respecto de los hechos del litigio, la eficacia probatoria desaparece. El juez requerido no tiene porqué aceptar sin más, como probados, los hechos que la sentencia reputó como demostrados, puesto que él no puede delegar la estimación de la prueba en otro juez si la ley no lo autoriza.

Nuestro derecho internacional privado reguló expresamente la eficacia probatoria de la sentencia extranjera en el art. 540 del Código General del Proceso.

> *Cuando sólo se tratare de hacer valer los efectos imperativos o probatorios de una sentencia extranjera, deberá presentarse la misma ante el tribunal pertinente y acompañar la documentación referida en el art. 539.1.*

(autenticadas, legalizadas, traducidas, sin necesidad de un exequátur)

2) ***invocación de la sentencia como un hecho jurídico:*** es un efecto secundario de la sentencia extranjera. Se la invoca por el solo hecho de existir en el mundo jurídico, no intentándose hacerla valer como un acto jurídico, como un acto decisorio del proceso. En este caso, no se hace valer su eficacia imperativa. Podemos citar dos casos en los que la sentencia produce efectos jurídicos totalmente extraños al juicio donde se formó.

a) cuando una persona es condenada a pena de penitenciaría por más de 10 años, el cónyuge libre puede promover la separación de cuerpos o el divorcio, cuando los padres resultan condenados a penas de cárcel puede ser considerada la sentencia como causal de pérdida de la patria potestad de pleno derecho;

b) según el art. 48 del Código Penal, para determinar la reincidencia se toma en cuenta a la sentencia extranjera como un hecho, prescindiéndose de la justicia del fallo, de la competencia del juez, de la determinación de la ley competente, etc.

3) ***invocación de la eficacia imperativa de la sentencia:*** la imperatividad de la sentencia implica ejecutar la sentencia *sin* la voluntad o aún *contra* la voluntad del obligado. La fuerza imperativa de la sentencia

puede ser mirada desde dos puntos de vista: la eficacia de la sentencia como cosa juzgada y, la eficacia de la sentencia como título de ejecución forzada.

a) ***la cosa juzgada de la sentencia:*** (que no se discuta nunca más), existe una fuerza imperativa que dimana de la sentencia que hace respetar su condición de inmutable por todos, pues de lo contrario la sentencia dejará de ser imperativa, de ordenar. Se quiere evitar que se desconozca la imperatividad la sentencia provocando una abstención en todos los demás jueces.

Cuando el art. 9 del Tratado de Montevideo de 1940 hace referencia a "hacer valer como prueba" la sentencia extranjera, hace alusión a hacerla valer como prueba de que ha pasado en autorizada de cosa juzgada pero sin solicitar su ejecución. Los problemas estrictamente probatorios se regulan por el art. 3 y 4 del Título II.

b) ***la ejecución forzada de la sentencia:*** (que se cumpla con o ordenado), que oficie como título ejecutivo. En este caso, se impone el recurso a la fuerza pública con la finalidad de que sea ejecutado aquello ordenado por el juez extranjero. Pero la imperatividad de toda sentencia puede variar según su naturaleza jurídica. Tenemos:

- *sentencias declaratorias o declarativas:* cuando se declara a "A" propietario de un bien por prescripción o, cuando a "A" se le reconoce la calidad de hijo natural o las sentencias declarando la existencia de un concubinato. En las sentencias declarativas, constitutivas o absolutorias en principio alcanza con su reconocimiento, para que se realice el derecho consagrado en las mismas.
- *sentencias constitutivas:* cuando se decreta el divorcio de "A" y "B", que los ubica en el estado civil de divorciados, y crea la posibilidad de que puedan contraer nuevas nupcias.
- *sentencias de condena:* cuando se condena al pago de una suma de dinero. En el caso de las sentencias que al declarar el concubinato condenan al pago de los alimentos a los hijos menores de edad.

> *Art. 9. Cuando sólo se trate de hacer valer como prueba la autoridad de cosa juzgada de una sentencia o de un fallo, deberá ser presentado en juicio con la documentación a que se refiere el art. 6, en el momento que corresponda según la ley local, y los jueces o tribunales se pronunciarán sobre su mérito en la sentencia que dicten, previa comprobación con audiencia del Ministerio Público, de que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5.*

## Sentencias susceptibles de eficacia extraterritorial

1) ***En cuanto a la naturaleza procesal:*** para que una sentencia tenga eficacia extraterritorial no debemos exigir que ésta tenga siempre el carácter de sentencia definitiva. En un sentido amplio tendría eficacia extraterritorial todas aquellas que se ordenen *medidas provisionales, medidas cautelares, conservatorias y aún las sentencias interlocutorias* que pongan fin a un litigio o incidente accesorio al juicio principal. Por tanto, se excluyen las providencias de mero trámite debido a que carecen de eficacia extraterritorial, ya que agotan su función dentro del mismo proceso.

2) ***En cuanto a la materia:*** abarcaría a las sentencias civiles y comerciales. Debido a las dificultades que existen para delimitar cuándo estamos exactamente ante una sentencia civil o comercial sería mejor utilizar un criterio más genérico, como el de sentencias de Derecho privado que obliga a incluir a las sentencias "en materia de familia" citadas por el art. 537.1 del Código General del Proceso, y llevaría a excluir las sentencias penales, administrativas y fiscales. Ambas clases de sentencias –en materia civil y en materia comercial- fueron contempladas, tanto en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, como en la CIDIP II (arts. 1) y en el art. 537.1 del Código General del Proceso.

Cabe hacer una advertencia: más que examinar si proviene de un juez de lo civil, penal o comercial habría que ir más bien a la materia del litigio, si es civil, penal o comercial. Porque Opertti relata que previo a la CIDIP II ocurrió un caso, donde un juez penal argentino había librado un exhorto a un juez panameño debido al robo de una obra de arte, que en dicho momento se encontraba embalada y pronta para ser enviada a Europa en la Zona Libre de la ciudad panameña de Colón. El exhorto pedía el reintegro de la obra de arte previo secuestro, pero como en Panamá un exhorto librado por un juez penal extranjero tiene que ser recibido y tramitado por un juez penal panameño y como éstos no conocen de medidas de embargos y secuestros, se produjo un conflicto. Se pasó el exhorto al juez de lo civil, pero como el asunto venía de un juez penal extranjero se negó decretar el embargo y secuestro del cuadro. Desenlace: en Panamá no pudo ejecutarse la comisión y hubo que devolverla, resultando burlado el orden jurídico de los dos países.

Las consecuencias civiles del delito son contempladas en el art. 537.1 del Código General del Proceso. Y su eficacia extraterritorial puede llegar a comprenderse dentro de la Convención de la CIDIP II mediante una declaración del Estado Parte al momento de ratificar, según el art. 1.

**- *Las sentencias contencioso-administrativas:*** el *Tratado de Derecho Procesal Internacional* de Montevideo de 1889 circunscribe la eficacia extraterritorial a las sentencias civiles o comerciales (art. 5). El Tratado homónimo de 1940 las incluye en el capítulo de las legalizaciones pero *no* en la etapa de ejecución de la sentencia (art. 3). La Convención de la CIDIP II no las menciona. Pero sí, el art. 537.1 del Código General del Proceso.

El juicio contencioso-administrativo es una contienda entre un particular y el Estado. Una forma de reclamar los derechos de los particulares afectados por el Estado. Debido a que tienen relación con actos de Derecho público, se pensó que era difícil que estas sentencias tuvieran eficacia extraterritorial.

Opertti fue un tenaz defensor que se incluyeran en las Convenciones, en la etapa del reconocimiento de su eficacia extraterritorial. Pensaba qué podía ocurrir que habiéndose dictado un fallo por un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo anulando por ejemplo, la licitación de un ente público, puede haber interés por parte de un particular, de acreditarla como prueba en otro país. En este caso, su efecto sería privado, porque es “a los solos efectos probatorios”. Dice relación con el sujeto en sí y no con la potestad subordinante del Estado. Pero, en general, la doctrina no respalda esta posición.

**- *Las sentencias penales:*** no se encuentran prohibidas expresamente en los Tratados de Montevideo. La posición ha sido la de alejarse de posiciones dogmáticas y absolutas y enfocar la cuestión de un modo empírico, con un criterio realista y práctico. Por lo que habría que mirar, en cada caso, los intereses que se quieren salvaguardar y sólo deberían ser marginadas aquellas sentencias en cuyo trasfondo aparece el Estado como un ente soberano. En las demás, también cabría asegurarles una eficacia extraterritorial. El art. 537.1 del Código General del Proceso expresa que:

> *Asimismo, incluirá a las sentencias recaídas en materia penal en cuanto a sus efectos civiles.*

**- *Las sentencias laborales:*** no se hizo ninguna referencia a ellas en los Tratados de Montevideo. Para Goldschmidt estarían incluidas. La *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales*, de la CIDIP II, las incluyó expresamente en el art. 1, y también el art. 537.1 del Código General del Proceso, aun cuando tienen un fuerte componente de Derecho público.

Cabría su inclusión cuando se trata de conflictos laborales individuales. (art. 7 de la Convención Interamericana de 1979).

## Actuaciones que pueden recibir igual tratamiento que una sentencia extranjera

1) ***Los actos de jurisdicción voluntaria:*** según los arts. 8 y 9 de los Tratados de Montevideo, dichos actos tienen eficacia extraterritorial. El Tratado de 1940, en su art. 10, habla de "actos procesales no contenciosos". No obstante, no debe existir un calco, se aplicarían las reglas referentes a las sentencias extranjeras "en lo pertinente".

El art. 542 del Código General del Proceso las contempla expresamente.

> *Los actos de jurisdicción voluntaria extranjeros surtirán efectos en la Republica siempre que reúnan los requisitos establecidos en el art. 539, en lo que fuere pertinente.*

Por ejemplo: una decisión judicial que dispone la apertura de un testamento ubicado en otro Estado; o un inventario de los efectos contenidos en el *coffre fort* del causante. En estos casos, no se exige el exequátur, bastaría el reconocimiento.

2) ***Las transacciones judiciales****:* no se encuentran contempladas en los Tratados de Montevideo. Significa una forma anormal de terminación del proceso, en virtud de la cual las partes se ponen de acuerdo otorgándose recíprocas concesiones. Podrían estar comprendidas, en una forma oblicua, en el art. 1 de la CIDIP II, en cuanto hace referencia a "resoluciones que terminen el proceso" y ésta es una forma de terminarlo.

3) ***Los laudos arbitrales extranjeros****:* se encuentran referidos tanto en los Tratados de Montevideo (arts. 5 del Título III), como en la CIDIP II cuando el art. 1 al final, permite su aplicación "en todo lo relativo". Y también se contemplan en el art. 543 del Código General del Proceso.

> *Los dispuesto en este Capitulo será aplicable a los laudos dictados por tribunales arbitrales extranjeros, en todo lo que fuere pertinente.*

## Reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera

Hay autores que se pronuncian expresamente por una uniformidad de tratamiento respecto del proceso de reconocimiento y de ejecución, como lo hizo el extinto Prof. Haroldo Texeira de Valladao de Brasil. En tanto otros –como el también fallecido profesor de Argentina, Werner Goldschmidt- distinguía entre ambas situaciones, exigiendo sólo el trámite especial de exequátur cuando se ejecute una sentencia extranjera debido a que, en este caso, se afecta de un modo intenso a los bienes o a las personas integrantes de un Estado distinto de aquél de donde proviene el fallo.

Nuestras normas nacionales de derecho internacional privado recogen la posición de Goldschmidt diferenciando reconocimiento y ejecución en el título del Capítulo IV y define expresamente ambos conceptos en el art. 538.3 y 4 del Código General del Proceso.

> *Art. 538.2. Las sentencias extranjeras deberán ser reconocidas y ejecutadas en la Republica si correspondiere, sin que proceda su revisión sobre el fondo del asunto objeto del proceso en que se hubieren dictado.*
> *Art. 538.3. El reconocimiento es el acto o secuela de actos procesales cumplidos al simple efecto de establecer si la sentencia extranjera reúne los requisitos indispensables de acuerdo con las disposiciones del presente Capitulo.*
> *Art.538.4. La ejecución es el acto o secuela de actos dirigidos a obtener el cumplimiento de las sentencias extranjeras de condena.*

La Convención de la CIDIP II sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros consagra la tesis de Valladao ya que su título menciona en forma genérica la "eficacia extraterritorial" de las sentencias.

Diferencias entre reconocimiento y ejecución. El reconocimiento no altera la realidad de las partes. En cambio la ejecución sí. Modifica la realidad del demandado, pues abre la posibilidad de la coacción. La ejecución implica un previo reconocimiento, en cambio el reconocimiento no necesariamente conduce a la ejecución. Por eso, en la ejecución se hace necesario *algo más:* un juicio llamado de exequátur. En el exequátur se examina la posibilidad de la ejecutabilidad de la sentencia extranjera en nuestro país. Mientras que en el reconocimiento se trata de realizar un control sumario de la existencia de determinados requisitos de carácter formal, material y/o procesal de la sentencia extranjera. Pero ello no alcanza, resulta insuficiente cuando hablamos de ejecución.

## Requisitos exigidos para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera

***1) Requisitos formales:*** los documentos deben ser autenticados, legalizados y traducidos, cuando correspondiente. El art. 539.1.2 del Código General del Proceso –como norma nacional de derecho internacional privado- exceptúa la legalización cuando

> *la sentencia haya sido remitida por la vía diplomática o consular o, por intermedio de las autoridades administrativas competentes*

que es una alusión a las Autoridades Centrales.

***2) Requisitos procesales.***

a) ***respeto de las reglas del debido proceso***, a través de la citación regular al demandado concediéndole además, un plazo útil para comparecer. Tratados de Montevideo (art. 5) "que la parte haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde".

El art. 539.1.5 del Código General del Proceso dispone que:

> *el demandado haya sido notificado o emplazado en legal forma, de acuerdo con las normas del Estado donde provenga el fallo*.

El art. 2 de la Convención de la CIDIP II es bastante más restrictivo que nuestras normas nacionales de derecho internacional privado, pues exige que

> *el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal <u>de modo sustancialmente equivalente</u> a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional deba surtir efectos*.

b) ***Competencia internacional***: este control es universalmente practicado. Es un requisito fundamental que la sentencia extranjera provenga de un juez competente en la esfera internacional. Su competencia es fijada por las normas nacionales o supranacionales de derecho internacional privado que, lamentablemente, no coinciden. Los Tratados de Montevideo lo imponen como primer requisito en el art. 5, estableciéndose que la sentencia

> *haya sido dictada por tribunal competente en la esfera internacional*

Ello genera dudas sobre si deben consultarse las normas del Estado requeriente o las normas del Estado requerido.

La Convención de la CIDIP II se inclina por la determinación en base a las normas del Estado requerido, al establecer en el art. 2.d) que:

> *el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional (…) de acuerdo con la ley del Estado donde deben surtir efectos.*

Pero, nuestras normas nacionales de derecho internacional privado asumen la posición contraria (art. 539.1.4) al exigir que sea *de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios*. Hay una adjudicación de competencia al ordenamiento jurídico extranjero para que determine la competencia internacional de sus jueces.

c) ***El carácter de ejecutoriada de la sentencia o de pasada en autoridad de cosa juzgada***: quien debe decidir si la sentencia está ejecutoriada o no, es el Estado del lugar donde se dictó (art. 5 de los Tratados de Montevideo, art. 3. g) de la CIDIP II y art. 539.1.7 del Código General del Proceso).

3) ***Requisitos materiales:***

A través de ellos se examina el contenido de la sentencia para ver si ella es compatible con el orden jurídico del Estado requerido. No debe controlarse si está bien o mal dictada porque ello implicaría una revisión de lo decidido, sino simplemente si puede entrar al país.

Hay que examinar entonces, si es:

a) compatible con una sentencia anterior;

b) si no ha habido prevención en el conocimiento del asunto por un juez nacional;

c) ¿se controlará la aplicación de la ley internacionalmente aplicable? No fue prevista por los Tratados de Montevideo, aunque Vargas la quiso incluir en 1940, y Opertti en la CIDIP II, pero se rechazó porque podría haber una revisión del fallo por el Estado requerido debido al examen de si aplicó o no la ley designada. Opertti lo ha negado, porque no se intenta examinar cómo se aplicó el derecho sino, simplemente, si se aplicó el derecho competente según las normas de derecho internacional privado. En verdad, para nosotros, "existe un hilo muy fino" que puede fácilmente traspasar y puede ser peligroso aceptar esta última posición.

d) el ataque al orden público internacional: citado en todas las normas. El art. 539.8 del Código General del Proceso consigna que la sentencia extranjera:

> *no contraríe manifiestamente los principios de orden público internacional de la Republica.*

## El exequátur

Hay que distinguir entre: juicio extranjero, exequátur y juicio ejecutivo

**I) *El juicio extranjero***

1) Respecto de la acción planteada ante el juez extranjero, Gelsi Bidart considera que ello se hizo con el objetivo de solucionar el litigio. En cambio, en el exequátur se persigue la admisión de la sentencia de un litigio ya resuelto, a los efectos de ser ejecutada en el orden jurídico interno o nacional.

2) En cuanto a la causa legal, es distinta en uno y otro juicio: en el juicio extranjero es la situación jurídica sustantiva invocada. En el juicio de exequátur es la sentencia dictada en el extranjero.

3) La legitimación activa es también diferente: en el juicio extranjero es cualquier de las partes que considere que se ha lesionado un derecho que tenía. En el exequátur será el ganador, quien no ha visto satisfecho el derecho que se le ha reconocido en juicio.

**II) *El juicio de exequátur***

1) El *exequátur* es un proceso judicial, pero un proceso de conocimiento y no de ejecución. Se trata de comprobar si la sentencia extranjera reúne o no, los requisitos que exige nuestro orden jurídico para su ejecución forzada. De este modo se distingue, tanto del juicio con que terminó en una sentencia, como del juicio ejecutivo que vendrá después.

2) En el procedimiento de exequátur de una sentencia extranjera ésta no se ejecuta, es un procedimiento para proceder a la ejecución posterior de una sentencia de condena. Se verifica si esa sentencia cumple o no, con determinados requisitos mínimos aceptables.

Su objeto es propio y no debe confundirse con el objeto del proceso extranjero que culminó con la sentencia que se pretende ejecutar. Por tanto, culmina con una sentencia que "declara" si corresponde o no, hacer lugar a la ejecución del fallo extranjero. No le atribuye ninguna eficacia especial. Algunos autores territorialistas han considerado que la sentencia citada sería constitutiva pues le estaría concediendo a la sentencia extranjera una eficacia de la que estaría desprovista en el foro. Pero, para los internacionalistas, que piensan que la sentencia es un acto jurídico, el exequátur debe ser considerado declarativo porque se limita a declarar que la sentencia extranjera ha reunido todos los requisitos exigidos por nuestro derecho y, por tanto, es ejecutable.

3) Se trata pues, de un juicio: extraordinario, sumario, que termina en una sentencia definitiva y que aparece como presupuesto especial de otro proceso: el ejecutivo. Es sumario porque no es ejecutivo. El único legitimado para promover el juicio de exequátur es la parte triunfante en el proceso extranjero, pues el vencido lo que puede hacer es cumplir con la sentencia, pero no pedir su propia ejecución. Puede, no obstante, transformarse en contencioso, en el caso de que sea resistida la pretensión del ganancioso al ser contradicha por parte del obligado.

Autonomía del juicio de exequátur. Tenemos normas en los Tratados de Montevideo, en la Convención de la CIDIP II y en el art. 541 del Código General del Proceso.

***Tratados de Montevideo de 1889 y CIDIP.*** El Tratado de Montevideo de 1889 se remite a las disposiciones internas, las que pueden disponer o no, un procedimiento autónomo. Igual camino sigue la Convención de la CIDIP II en su art. 6.

El art. 7 del Tratado de Montevideo de 1889 dice así:

> *El carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias o fallos arbitrales, y el juicio a que su cumplimiento de lugar, serán los que determine la ley de procedimientos del Estado donde se pide la ejecución.*

El art. 6 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros considera que:

> *Los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos jurisdiccionales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.*

***Código General del Proceso.*** Por tanto, ambos casos debemos remitirlos al art. 541 del Código General del Proceso. La misma solución se aplicará para el caso de que no existiendo Tratado, ya que en tal hipótesis se aplicarán directamente nuestras normas nacionales de derecho internacional privado. El

procedimiento es muy simple: no es necesario ningún requisito de conciliación. Es un juicio extraordinario. Se presenta ante la Suprema Corte de Justicia, se emplaza a la parte perdidosa, efectuándose un traslado por 20 días, se oye al Fiscal del Corte y se dicta resolución, la cual es irrecurrible. Si es desechada se devuelve la sentencia. Si es admitida, el art. 541.3 dispone que "se remitirá la sentencia al tribunal competente".

> *Art. 541. 1. Únicamente serán susceptibles de ejecución las sentencias extranjeras de condena.*
> *541.2. La ejecución se pedirá ante la Suprema Corte de Justicia.*
> *Formulada la petición, se dispondrá el emplazamiento de la parte contra quien se pida, según lo dispuesto en la Sección II, Capitulo II, Titulo VI del Libro I, a la que se conferirá traslado por 20 días.*
> *Se oirá seguidamente al Fiscal de Corte y se adoptara resolución, contra la que no cabra recurso alguno.*
> *541.3 Si se hiciere lugar a la ejecución se remitirá la sentencia al tribunal competente para ello, a efectos de que proceda conforme con los trámites que correspondan a la naturaleza de la sentencia. Titulo V, Libro III.*

***Tratado de Montevideo de 1940.*** En cambio, en el Tratado de Montevideo de 1940 se abolió dicho proceso especial (art. 7). Sin embargo, no desapareció sino que perdió su autonomía procesal: la obligación de controlar existe pero, esta vez no es realizada por la Suprema Corte sino por el propio juez de la ejecución, en vía incidental, en el mismo juicio ejecutivo. Se da vista al Ministerio Público, y se oirá a la contraparte si lo decide de oficio el juez o lo solicita el Ministerio Público. En principio, el incidente es unilateral, pero puede ser eventualmente bilateral. La defensa de la parte quedará limitada a la exposición que pueda formular el ejecutado acerca del problema. Por ejemplo, en materia de alimentos.

> *ART. 7. La ejecución de las sentencias y de los fallos arbitrales, así como la de las sentencias de tribunales internacionales, contempladas en el ultimo inciso del art. 5, deberá pedirse a los jueces o tribunales competentes, los cuales con audiencia del Ministerio Publico y previa comprobación que aquellos se ajustan a lo dispuesto en dicho articulo, ordenaran su cumplimiento por la vía que corresponde, de acuerdo con lo que a ese respecto disponga la ley de procedimiento local.*
> *En todo caso, mediando pedido formulado por el Ministerio Publico, y aun de oficio, podrá oírse sin otra forma de defensa, a la parte contra la cual se pretende hacer efectiva la sentencia o el fallo de que se trata.*

El juicio ejecutivo o de ejecución forzada. Cuando el órgano encargado de proceder al exequátur de una sentencia extranjera –Suprema Corte de Justicia- la declara ejecutable en nuestro país en cuanto ha reunido todas las exigencias requeridas por nuestro ordenamiento jurídico, remitirá un testimonio de la sentencia al Juzgado competente que corresponda para conocer del asunto, como si el juicio verificado en el extranjero se hubiera verificado acá.

La sentencia extranjera se ejecutará de la misma forma que se ejecutan las sentencias nacionales, por el procedimiento instaurado en el art. 371 y ss. del Código General del Proceso. Sólo es admisible la vía ejecutiva en aquellos casos de sentencias de condena al pago de una suma de dinero líquida y exigible. Si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, se seguirán los trámites propios.

# PARTE 5

# LAS MANIFESTACIONES EXTRAESTATALES DEL DERECHO

La emergencia entre los s. XVII y XVIII y la afirmación paulatina del Estado-Nación entre los s. XIX y mitad del s. XX, ha obscurecido la mente de los expertos en Derecho, al punto de que se ha pensado durante mucho tiempo que el Derecho era producido únicamente por el Estado a través de sus mecanismos formales y que sólo aquellas normas "bendecidas" por éste podían ser consideradas como normas jurídicas. Dentro de ese esquema mental ideado y propagado por el Estado-Nación para monopolizar y perpetuar su hegemonía en lo interno, la ley ha ocupado un lugar central, ejerciendo una fuerza centrípeta y también centrífuga. Nada fuera de la ley estatal, todo dentro de ella, con sus caracteres de generalidad, abstracción, formalidad, y una presunta igualdad de trato hacia todos los ciudadanos.

Sin embargo, esa visión del mundo jurídico tuvo que ir cediendo paso a otra bastante diferente -sobre todo a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial con todo el efecto destructivo que toda conflagración armada produce- donde el Estado-Nación se fue debilitando en forma concomitante al fortalecimiento de varias corrientes globalizadoras en el campo de las comunicaciones, en el económico y en el financiero, así como en el campo del Derecho. El Estado no pudo mantener más el control sobre su territorio en tanto sus ciudadanos sin salir de su hogar, sin colocar una carta en el correo, sin enviar un telegrama, realizaba de una manera instantánea actos y contratos con personas ubicadas en cualquier región del mundo. Sin control del Estado, en consecuencia. Por otro lado, las grandes fuerzas económicas, cada vez más concentradas se transformaron en una contraparte para los Estados, gozando de una fuerza equivalente o aún superior, en este aspecto.

Una mayor libertad para actuar permitió crear prácticas, usos y costumbres auténticamente internacionales, la emergencia de principios generales aplicables a la contratación internacional consentidos tanto como el hombre de negocios ubicado en Hong-Kong como el ubicado en París, Londres o Montevideo. Es así que, como consecuencia de este fenómeno, la ley ha perdido su centralidad en el campo jurídico, y ha pasado a compartir el escenario jurídico con otras normas creadas fuera de los mecanismos formales estatales, dando nacimiento a lo que algunos denominan la nueva lex mercatoria (Capítulo 17) La cual no hubiera emergido en forma contundente no se hubiera fortalecido si en forma simultánea la posibilidad de recurrir para resolver las contiendas internacionales a jueces privados seleccionados por los interesados, y de acuerdo a reglas procesales libremente acordadas. El arbitraje comercial internacional se convirtió entonces en el brazo judicial de la denominada societas mercatorum (Capítulo 18). Los dos Capítulos que sigue nos develarán las principales características de ese nuevo mundo que despliega su presencia en el ámbito comercial.

# CAPÍTULO 17

# LA LEX MERCATORIA COMO FUENTE DE DERECHO[178]

## Introducción

El Derecho internacional privado se ha caracterizado por ser el escenario frecuente de profundas controversias entre sus seguidores, lo que ha provocado radicales virajes en la manera de concebirlo. Basta recordar, en el siglo, pasado, a la figura de Carlos Federico de Savigny, cuyo pensamiento ha iluminado a innumerables autores durante tanto tiempo, quien rompió con la escuela estatutaria desarrollada durante los ocho siglos anteriores a fin de privilegiar el estudio de la relación jurídica privada internacional por sobre el alcance o extensión de la norma.[179] Su prédica –como un terremoto- ha modificado hasta hoy, el mapa de nuestros estudios.

Igualmente, en el correr del presente siglo hemos asistido a remezones telúricos que si bien han manifestado un grado menor de intensidad, de ningún modo se las puede considerar de una importancia desdeñable. A mi juicio, los fenómenos más importantes de este período han sido dos. Por un lado, el movimiento doctrinal norteamericano que comenzó a afirmarse en la década de 1930, apuntando principalmente a una renovación respecto del método a utilizar por nuestra ciencia al permitir tomar en cuenta a todos los puntos de contacto que presentare el caso litigioso y efectuando, en muchos casos, una elección de resultado. En ella se ubica como exponente más atractivo a David Cavers[180], aunque la doctrina de dicho país se muestra extraordinariamente variada.

Y, por otro, tenemos aquella doctrina que rechaza una concepción monista del derecho que asimile el vocablo derecho al derecho estatal. Para esta corriente "la ley y la norma jurídica son cosas totalmente distintas: hay leyes que son la expresión de una norma jurídica, hay leyes que están totalmente vacías y hay normas jurídicas que no se encuentran legisladas estatalmente". Esta posición conduce a las siguientes conclusiones: que el Estado no es la fuente necesaria del derecho sino que pueden existir otras fuentes, y que el derecho no es exclusivo del Estado sino que puede existir fuera de él.[181] La repercusión que tiene esta posición sobre el derecho internacional privado ha sido de una extraordinaria magnitud puesto que considera a nuestra disciplina no sólo como la sede natural donde se distribuyen los derechos estatales sino también la de una innumerable cantidad de agrupamientos humanos, secretores ellos también, de derecho.

Una vez admitidos estos nuevos virajes fue cuando comenzó a perfilarse la doctrina que propició el reconocimiento de una nueva *lex mercatoria.* En este enfoque, ya no sólo se hace referencia a una cuestión de índole metodológica sino también al estudio de las posibles fuentes en el derecho

---

[178] El presente artículo tiene como base una Conferencia realizada en el Aula Magna de la Universidad Mayor de San Andrés, en La Paz, Bolivia, en julio de 1993, convenientemente reformulado teniendo en cuenta la aprobación de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, el 19 de marzo de 1994, en México.

[179] Savigny, Carlos Federico. *Sistema de Derecho Romano Actual.* T. VIII. Versión española aparecida en Madrid en 1879.

[180] Cavers, David. *A critique to the choice – of – law problem.* 47. Harvard Law Review. 1933. p. 173. Ibidem. *Contemporary conflicts of law in american perspective.* Recueil des Cours. 1970. III. P. 85.

[181] Alfonsín, Quintín. *El orden público.* Montevideo. 1940. p. 51 y 52.

internacional privado. En el campo europeo, la figura descollante dentro del grupo ha sido la del Profesor Berthold Goldman[182] y en nuestra América contamos -como veremos más adelante y con un sentido más amplio- con el legado del Profesor Quintín Alfonsín.

La elección del tema se debe a que desde hace varias décadas se sostiene que ha comenzado a perfilarse la idea de la existencia de un nuevo derecho que regularía a las relaciones económicas internacionales, creado por los mismos integrantes de esas relaciones y aplicado por los árbitros, es decir, por jueces nombrados por las partes en un contrato, para la solución de los litigios que pudieran suscitarse. Además, la investigación cobra relevancia debido a que las Conferencias Interamericana Especializadas de Derecho Internacional Privado, o C.I.D.I.P., auspiciadas por la O.E.A., han tomado contacto con la cuestión en dos oportunidades. La primera de ellas, al aprobarse la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975 y, en la actualidad ratificada por 18 países, entre ellos por los Estados Unidos de América.[183] Y la segunda, al aprobarse el 19 de marzo de 1994, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en México.[184] Como puede observarse del esbozo realizado, el tema de la nueva *lex mercatoria* también ha sido analizado en nuestro continente, y como su tratamiento no ha coincidido ni en el tiempo ni en enfoque, con el de los países industrializados, conviene separar los análisis surgidos en el ámbito europeo y los aparecidos en el campo interamericano.

## I. PANORAMA EUROPEO

### *Primera concepción: hacia el reconocimiento de un orden jurídico autónomo producido por la sociedad internacional de los comerciantes*

Este nuevo orden jurídico que sería segregado por comunidades que el Estado no ha contribuido a crear, ha recibido numerosas denominaciones: *new law merchant,* derecho transnacional o a-nacional, derecho mercático o, más vulgarmente, nueva *lex mercatoria.* La expresión intenta recordar el origen mismo del derecho comercial en las ferias de la Edad Media, donde los comerciantes provenientes de todas las regiones de Europa realizaban transacciones entre sí, dando lugar, paulatinamente, a un derecho consuetudinario de carácter sustantivo uniforme.

Cuando Edouard Lambert y Masaichiro Ishizaki analizaron en 1928 el derecho corporativo internacional de la venta de la seda, reconocieron que el mismo no aparecía como una dependencia o como una adaptación de los derechos legislados o consagrados judicialmente sino como un derecho que seguía sus vías particulares, con su propio espíritu y sus propios métodos y sanciones.[185] Según ellos, la autonomía del derecho corporativo podría considerarse asegurada mediante la acción combinada de tres fuerzas:

- las codificaciones de los usos;
- la elaboración de los contratos – tipo; y
- el arbitraje de la corporación.

---

[182] Goldman, Berthold. *Frontières du droit et "lex mercatoria".* APD. 1964. p. 177. Ibidem. *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalité et perspectives.* Journal. 1979. p. 475 y en Travaux. Séance 16 mai 1979. p. 221.

[183] Han ratificado la Convención: Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[184] Ratificada por México y Venezuela.

[185] Ishizaki, Massaichiro. *Le droit corporatif de la vente de soies.* Paris. 1928. I y II, con prefacio de Edouard Lambert.

El arbitraje corporativo, especialmente, al ubicarse en los lugares más activos del comercio, ha dado nacimiento a instituciones y reglamentaciones procesales que le dan una estabilidad y una regularidad de acción al sistema y que lo convierte en un rival de los tribunales estatales de justicia.

Esta victoria de los derechos corporativos y del arbitraje se les presentaba como debida principalmente a las siguientes causas.

- Era una reacción contra la autoridad atribuida a los textos legales y a los precedentes judiciales que a menudo sobreviven a su razón de ser y se encuentran en oposición con las aspiraciones de la práctica de los negocios.
- También como una reacción ante el funcionamiento demasiado mecánico de la actividad judicial que frecuentemente conducía a la aplicación de una misma regla jurídica -abstracta y rígida- a situaciones de hecho que deberían ser sometidas a tratamientos diferentes.
- Y, como una necesidad de hacer predominar en la solución de los conflictos comerciales, las razones basadas en la exploración económica del caso y sobre el balance judicial de los intereses, en lugar de razones extraídas de la tradición, de la autoridad o de la lógica jurídica.[186]

Un largo *hiatus* de varias décadas separa esta obra de avanzada de los desarrollos posteriores en el continente europeo sobre el tema. Recién en 1961, con la obra de Philippe Kahn, se comienza a insistir en la cuestión de si no estaría en vías de formarse una sociedad conformidad por compradores y vendedores de bienes muebles, de mercaderías, que habitualmente negocian en el ámbito internacional. Si no debería nacer una sociedad, con su organización y dotada de su derecho, cada vez que los miembros de un agrupamiento sientan entre ellos una solidaridad lo suficientemente fuerte. Kahn respondió en forma afirmativa a la interrogante.[187] Para él esta sociedad existe. Los vendedores y compradores han constituido sobretodo una figura contractual –la venta comercial internacional- que constituye una verdadera carta, tanto en lo referente a la conformación del contrato como en cuanto al contenido de las obligaciones contractuales, conformando la base misma de la sociedad extraestatal que ellos conforman. Esta sociedad sería internacional en cuanto se encuentra constituida por individuos pertenecientes ya a sociedades nacionales. Sería igualmente una sociedad extraestatal, puesto que ha nacido fuera de los Estados y, en cierta medida, como una reacción frente a ellos.

Posteriormente, Philippe Fouchard continúa afirmando esta corriente. En su obra publicada en 1965, reconoce que mediante el recurso a los árbitros con el objetivo de que juzguen los diferendos entre los operadores del comercio internacional, se ha permitido afirmar la autonomía del derecho surgido de esta sociedad.[188] Si, tanto la normativa surgida de los usos y de los contratos – tipo, como de las condiciones generales de la venta y de otros contratos internacionales hubiera quedado sometida a la aprobación de las jurisdicciones estatales, su desarrollo hubiera sido muy limitado. Su unidad hubiera sido barrida y comprometida de quedar subordinada a las reglas imperativas en vigencia en cada país e interpretada de diferentes maneras por los jueces nacionales. En este esquema a los árbitros les cabe, en realidad, un rol complejo, puesto que su actividad no consistiría únicamente en aplicar el derecho existente, sino también el de crear nuevas reglas jurídicas cuando ello fuere necesario, actuando como un colegislador.

---

[186] Muchas de estas críticas han sido bandera corriente de la doctrina angloamericana moderna de derecho internacional privado.

[187] Kahn, Philippe. *La vente commerciale internationale.* Paris. 1961.

[188] Fouchard, Philippe. *L'arbitrage commercial international.* Paris. 1965. I y II.

Este autor reconoce, no obstante, que para que exista un verdadero derecho objetivo, debería cumplirse una última condición: la existencia de sanciones que no fueren estatales. Para Fouchard estas sanciones existen y son numerosas. Él las divide en:

a) *sanciones pecuniarias:* las cuales son poco frecuentes debido a que son difíciles de hacerlas funcionar, tanto antes como luego de pronunciado el laudo arbitral. Para evitar estos inconvenientes, en muchos casos se exige un depósito en garantía con la finalidad de posibilitar la ejecución de la sentencia o el pago de los costos del arbitraje,

b) *sanciones morales:* al partirse de la idea de que la falta de ejecución del laudo constituye una falta a las reglas escritas o tácitamente admitidas en la profesión, se debería llevar a conocimiento de los pares del comerciante sancionado y omiso, la deslealtad de su actitud. La sanción puede consistir en un voto de censura, en el fichaje en los locales de las Cámaras arbitrales, en la publicidad en los registros, boletines o revistas de la institución. Este tipo de sanciones son consideradas como las más adecuadas por los organismos arbitrales internacionales,

c) *sanciones privativas de los derechos o de la calidad de socio:* se trata de un boicot comercial al socio que no ejecuta espontáneamente el laudo arbitral. En este caso se priva al comerciante de todos o de una parte de los derechos corporativos, que puede llevar a una prohibición de comerciar con él. Se puede así, suspender o excluir al interesado de la asociación o impedirle el acceso a la Bolsa o a la Cámara administrada por el gremio en cuestión.

El desarrollo doctrinario culmina, en cierta medida, con el pensamiento de Berthold Goldman, plasmado en dos importantes artículos aparecidos uno en 1964 y el otro en 1979.[189] Goldman ya utiliza sin ambages la expresión *lex mercatoria* para referirse a este nuevo derecho, y lo define como el conjunto de reglas materiales de fuente no estatal y de formación consuetudinaria con aptitud para regular las relaciones económicas internacionales. Sus reglas tendrían la propiedad de aprehender a las relaciones citadas de un modo directo, sin pasar por el funcionamiento de una regla de conflicto, lo que liberaría al derecho comercial de los defectos del método conflictual heredado de Savigny.

Para él las normas de la nueva *lex mercatoria* son jurídicas y rigen a una sociedad humana espontánea, distendida, que escapa a todo marco estatal. En esta sociedad hay una "amistad" o mejor dicho una "confraternidad o solidaridad profesional" que explicaría la aplicación en forma espontánea de dicho orden jurídico. Se parecería, en cuanto a su funcionamiento, a las normas de aplicación inmediata –bastaría para su aplicación que existiera en el contrato un convenio obligando a ir al arbitraje- aunque se diferenciarían de estas últimas en cuanto son concebidas exclusivamente para las relaciones internacionales.

Su primer artículo se encuentra dedicado a defender la calidad de reglas de derecho de las normas que componen a la nueva *lex mercatoria* y, en el segundo, afirma que éstas constituye realmente un orden jurídico, no obstante haber considerado en 1964 que no era un derecho objetivo completo en cuanto aún persistían algunos espacios del derecho contractual que la nueva *lex mercatoria* no podía cubrir y que quedarían, por ende, reservados a la competencia de los derechos estatales. Así habría que recurrir a la legislación de algún Estado para resolver la determinación de la capacidad de los contratantes, los vicios del consentimiento, la determinación de los poderes de los órganos y de los representantes de las

[189] Ver nota 3 *supra.*

sociedades comerciales, lo que atañe a la validez de los contratos desde el punto de vista formal, todo lo relacionado con la concesión de marcas de fábrica o de patentes de invención, las derivaciones delictuales de los contratos y la constitución de los derechos *in rem* (reales).

En 1979 su pensamiento se torna más nítido sobre el punto y se esfuerza por demostrar que la nueva *lex mercatoria* constituye un orden jurídico objetivo. Sería un orden jurídico diferente, ya completo, con vocación para funcionar en forma eventualmente autónoma y con un origen privado. ¿Cuáles serían los elementos constitutivos de este nuevo orden? Para Goldman serían los principios generales del derecho contractual, los usos y las prácticas del comercio internacional y el arbitraje.

## Elementos constitutivos de la nueva ***lex mercatoria***

### a) ***los principios generales de derecho***

La nueva *lex mercatoria* estaría regida, al igual que los órdenes jurídicos estatales, por principios generales de derecho. Para Goldman estos principios serían los comprendidos o que emanarían del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, y que son reconocidos por las naciones civilizadas. A nadie se le escapa que esos principios están contenidos en un texto de derecho internacional público más que privado. Pero, para el autor, igualmente serían fieles traductores de los usos y de las prácticas del comercio internacional, por su carácter consuetudinario, por su contenido y por su ámbito de aplicación. Al ser de formación espontánea, se insertarían bien en ese derecho común económico y lo dominarían. Si bien la síntesis de estos principios derivaría de los rasgos fundamentales comunes a los sistemas jurídicos nacionales, su fuerza provendría de la conciencia de su necesidad en la comunidad internacional de los comerciantes.

El juez inglés Lord Justice Mustill realizó un relevamiento sumamente interesante de estos principios[190], de los que damos a conocer los más importantes:

1) Existe un principio general de acuerdo al cual todo contrato debe ser ejecutado de acuerdo a los términos pactados: *pacta sunt servanda*. Para Osman, este principio debe ser analizado más como un principio fundamental de la totalidad del sistema mercático que como una regla de la nueva *lex mercatoria.*[191] El mismo se encontraría afectado de una cierta inefectividad en razón de su carácter vago. En efecto, se vuelve delicado apreciar en qué medida se hallan sometidas las partes al principio *pacta* cuando se presentan estipulaciones contractuales lacunarias, insuficientes o silenciosas respecto de algunos aspectos de las relaciones convencionales.

2) Este principio general se hallaría afectado por una excepción mediante el reconocimiento de la cláusula *rebus sic stantibus.* Mediante el primer principio se impondría el respeto de las obligaciones contractuales, lo que excluiría toda revisión no convenida. Mediante el segundo, se buscaría el respeto del equilibrio contractual, permitiendo la revisión del contrato, aún cuando no se hubiere estipulado expresamente, cuando luego de un tiempo extenso desde la celebración, los trastocamientos económicos, monetarios, tecnológicos, políticos u otros que se hubieren producido en el ínterin, hayan alterado de una

---

[190] Mustill, Justice. *The new lex mercatoria: the first twenty – five years.* 4. Arbitration Int'l No. 2. April. 1988. p. 86. Ibidem. *Contemporary problems in international commercial arbitration: a reponse.* 17. Int'l Business Lawyer. 1989. p. 161. Esta lista se encuentra igualmente reproducida en Paulsson, Jan. *La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.* Revue de l'arbitrage. 1990. p. 55 y en Kahn, Philippe. *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international.* 116. Journal. 1989. p. 304.

[191] Osman, Filali. *Les principes généraux de la lex mercatoria.* Paris. 1992. p. 34.

manera fundamental la economía del contrato haciéndolo totalmente desequilibrado o haciéndole perder su utilidad a una u otra de las partes.

3) Se reconoce la *exceptio de non adimpleti contractus* mediante la cual una parte puede considerarse autorizada a no cumplir con su parte del contrato si la otra no ha cumplido con la suya en su parte más sustancial. Esta excepción, al igual que la resolución de los contratos por falta de ejecución, constituyen últimos recursos en el derecho mercático, pues hay un criterio general que postula que las partes deben evitar la ruptura de sus relaciones. La excepción aparece concebida como un remedio de naturaleza dilatoria que desaparece una vez que la contraparte cumple con sus obligaciones.

4) Los contratos deben ser interpretados según el principio *ut res magis valeat quam pereat*, o también llamado efecto útil de los contratos: en presencia de dos interpretaciones contradictorias o con dos sentidos posibles de un mismo texto del contrato, se deberá preferir, en la duda, la interpretación que favorezca la validez y la coherencia del contrato.

5) El principio de la *restitutio in integrum* constituye también un principio general a-nacional. Osman expresa que en los contratos para la realización de complejos industriales, la reparación en especia prevista por una cláusula contractual en cuenta su justificación en la necesidad de la efectiva prestación más que en una indemnización financiera. Al acreedor le interesa más ser propietario de la unidad industrial prometida que la prestación por concepto de daños y perjuicios. Pero la reparación *in natura* debe cumplirse bajo la condición de que ello sea posible.

6) La norma *pacta sunt servanda* igualmente puede verse limitada a través de la admisión del concepto de abuso de derecho y por la regla de que las cláusula injustas, desleales o desconocidas por las partes no deberían ejecutarse a pesar de estar pactadas.

7) Los créditos nacidos de un mismo contrato deberían compensarse y deberían minimizarse los daños originados por la rescisión del contrato, a los efectos previsibles de dicha rescisión.

8) Los daños provocados al adquirente por la mercadería no entregada serán calculados teniendo en cuenta el precio del mercado y el precio que pagó el adquirente por los bienes comprados en reemplazo de los convenidos.

9) Aquella persona que representa a un grupo de sociedades que se encuentran controladas unas a otras debería ser mirada como contratando en representación de todos los miembros del grupo aún cuando los documentos informen que actúa en representación de una sola.

10) Los Estados no podrán evadirse de la ejecución de las obligaciones contractuales que han asumido invocando sus propia leyes internas con el objetivo de invalidar los acuerdos en los ellos sean parte.

11) Los convenios en los contratos internacionales sobre las cláusulas – oro, de garantía y de mantenimiento del valor son válidos y ejecutables, cualesquiera fuera la ley estatal conectada al contrato.

12) Otro principio, tan importante como el *pacta sunt servanda*, es aquél que establece que todo contrato debe ser ejecutado de buena fe, por lo que las partes deben siempre manifestar un deber mutuo de lealtad y de cooperación en la ejecución de las obligaciones contractuales tomando las precauciones necesarias para evitar una acentuación de los daños de la contraparte.

La buena fe sería un patrón que permitiría apreciarla ilicitud del comportamiento de una de las partes en relación con la diligencia de la que debe hacer prueba, con la finalidad de conformarse tanto a la letra pero también al espíritu del contrato y del derecho. La buena fe puede llegar a ser entendida de dos

maneras: por un lado, constituye un precioso instrumento de cuestionamiento de la responsabilidad contractual. Esta noción impondría a los operadores del comercio internacional ejecutar sus obligaciones sin mala intención, prohibiéndoles además, abusar de sus prerrogativas contractuales; y por otro, permite la legitimación de las situaciones aparentes. Se podría acudir al concepto de la buena fe para remedir la injustifica resultante de una falsa apariencia creada por uno de los contratantes realizada de modo de trampear la legítima confianza del otro.

Estos principios que hemos enumerado constituyen sólo algunos de los que la jurisprudencia arbitral y la doctrina han ido progresivamente incorporando a la nueva *lex mercatoria*, como ocurrió con el derecho internacional, permitiendo resolver además, sus problemas de hermenéutica y de integración de sus lagunas. Conviene expresar aquí que no todos los autores que apoyan la existencia de la nueva *lex mercatoria* agrupan y jerarquizan de la misma manera los mismos principios y sus excepciones. Así, por ejemplo, mientras algunos autores afirman con una cierta vehemencia la posibilidad de revisión de los contratos en caso de imprevisión, en caso de trastrocamiento de su economía, sobre la base de la aceptación de la cláusula *rebus sic stantibus,* en las últimas reflexiones aparecidas sobre el punto, Osman rechaza sin equívocos el principio de la mutabilidad de los contratos considerando que la cláusula *rebus sic stantibus* es inadmisible pues siempre debe exigirse la sumisión a lo pactado.[192] Para algunos, esta situación no debe sorprender en cuanto se trata de un derecho en formación y en continuo cambio, pues su objetivo es adaptarse en forma inmediata a las realidades internacionales.

Por último, es conveniente mencionar que para Goldman la interpretación de los principios generales de la nueva *lex mercatoria* no debería hacerse del mismo modo que la efectuada en el derecho internacional público. Por ejemplo, la regla *pacta sunt servanda,* si bien se encuentra en todos los derechos estatales, para Goldman ello es pura coincidencia. Dentro de la nueva *lex mercatoria* este principio tendría una formulación autónoma de la que se deducirían consecuencias y límites propios al ámbito comercial internacional. Si bien es cierto que numerosos principios han surgido del análisis de ciertos derechos estatales, al ser aplicados dentro del ámbito de la nueva *lex mercatoria* carecerían de los atributos de la soberanía estatal. Su fuerza y su poder nacerían del consenso de los medios del comercio internacional y de la capacidad que tienen de imponer su respeto sobre el medio internacional.

### *b) los usos del comercio internacional*

Los usos del comercio internacional complementan la función normativa que cumplen los principios generales de derecho ya citados.[193] La *Convención de Viena sobre los contratos de venta internacional de mercaderías*, de 1980, en su art. 9 establece que el uso es toda regla que "

> *en el comercio internacional es ampliamente conocida y regularmente observada por las partes en los contratos de igual tipo de la respectiva rama comercial*

Por su parte, la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, de México, consigna en su art. 10 que

---

[192] Osman, Filali. Op. cit. p. 151 y ss.

[193] Fouchard, Philippe. *Les usages, l'arbitre et le juge.* Etudes offertes à Berthold Goldman. Le droit des rélationes écnomiques internationales. 1982. p. 67. Ibidem. *L'arbitrage (...).* Op. cit. p. 71 y 76 y ss. Ibidem. *L'Etat face aux usages du commerce international.* Travaux. Séance. 20 mars 1974. p. 71. Loquin, Eric. *La réalité des usages du commerce international.* Revue International de Droit Économique. 1989. p. 163. Pedamon, Michel. *I a – t – il lieu distinguer les usages et la coutume en droit commercial?* Rev. Trim. de Droit Commercial. 1959. p. 342.

*se aplicarán, cuando correspondan, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y las prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*

Los autores partidarios de la nueva *lex mercatoria* ponen el acento en el carácter normativo de los usos por encima de su aspecto contractual, insistiendo en la posición de que para los contratantes el uso tiene un carácter obligatorio y no estrictamente convencional. Para Fouchard, los usos del comercio internacional constituirían el núcleo duro del conjunto sistémico llamado *lex mercatoria.* Serían reglas de derecho nacidas de una práctica repetida en un cierto medio y aplicables, salvo pacto expreso en contrario, debido a que son conocidas por adelantado por las partes y, por tanto, se presume su aceptación tácita. Sobre la base de lo expuesto, los usos serían aplicables por los árbitros de oficio, como si fuera un derecho estatal, pero sólo a aquellos que son profesionales de la rama en litigio, puesto que si bien para los lexmercatoristas son normas, los usos se encuentran afectados del particularismo propio a cada actividad comercial internacional. Los principios generales de derecho, en tanto, son reglas más generales por su contenido y más universales por su esfera geográfica de aplicación.

### *c) Cláusulas contractuales y nuevas combinaciones contractuales*

Continuando con el examen de los elementos componentes de la nueva *lex mercatoria* tenemos a las cláusulas contractuales y a las nuevas combinaciones contractuales surgidas del ámbito internacional. En el campo internacional existen numerosos contratos –tipo que no se encontrarían regulados por ninguna ley estatal en particular, ni por una Convención celebrada entre Estados, sino que se regularían por los propios contratos –tipo los que se volverían, de esta manera, autosuficientes. Por su origen y por su contenido serían diferentes de los contratos surgidos de los derechos estatales, pues entre las partes no existiría la intención de crear lazos singulares sino más bien –y a través de ellos- de someterse a un derecho objetivo dotado de reglas generales.

Estos contratos –tipo, elaborados por las mismas empresas involucradas, se irían formalizando progresivamente mediante una repetición continua y a gran escala, lo que llevaría a una uniformidad de soluciones sobre el nivel internacional. Mediante la simple repetición, la regla se escaparía del contrato para elevarse al rango de una disposición objetiva que se aplicaría en forma independiente de toda manifestación expresa de voluntad. La repetición engendraría generalidad y la regla así nacida se impondría “a semejanza” de una norma obligatoria de cualquier otro ordenamiento jurídico.

Goldman incluye dentro del ámbito contractual a determinadas cláusulas cuya inserción en el convenio tiende a prevenir o a resolver las dificultades que puedan surgir en la ejecución del contrato. Dentro de ellas tenemos a la cláusula –oro de garantía de cambio, ya vista.

Igualmente, se encuentra la cláusula de fuerza mayor, cuya concepción se aparte del régimen civilista tradicional:

- no se requiere de una imprevisibilidad absoluta; y
- la consecuencia de la producción de una circunstancia de fuerza mayor no conduce a la exoneración del deudor y a la anulación del contrato sino, más bien, a suspenderlo y a retomarlo pero adaptado, en la medida de lo posible.

Tenemos también a la cláusula de *hardship* que prevé la revisión del contrato cuando un trastrocamiento de las circunstancias ocurridas con posterioridad a la celebración del mismo ha modificado profundamente el equilibrio inicial de las partes.

Goldman incorpora nuevas figuras contractuales y nuevas combinaciones de contratos a la nueva *lex mercatoria*, aptos para funcionar en el campo internacional. Dentro de este sector se encontrarían los contratos "llave en mano, "producto en mano" y "mercado en mano". Todos ellos gozan de la particularidad de ser contratos sumamente complejos donde se combinan barias categorías contractuales: contratos de ingeniería; de venta o de arrendamiento de maquinarias, de equipamiento y de montaje de empresas; contratos de asistencia técnica y de formación del personal del cliente, traspaso de marcas, patentes, *know how*, arrendamientos de servicios, etc. Por eso, su sede natural estaría dentro de la nueva *lex mercatoria* debido a que al ser ella auténticamente internacional permitiría regularlos en conjunto, haciendo posible que en el futuro se transformen en nuevos contratos nominados.

### *d) el arbitraje comercial internacional*

La intervención del arbitraje comercial internacional vendría a completar el número de las fuentes de la nueva *lex mercatoria* y a permitir asegurar la autonomía, tan deseada, del derecho corporativo. Loquin argumenta que en esta sociedad internacional de comerciantes, unidos por una solidaridad profesional que les permite aplicar en la etapa contenciosa sus propias reglas, fuera de toda intervención estatal, el arbitraje vendría a constituir el órgano jurisdiccional de esta comunidad. [194]

Por otra parte, son numerosos los contratos – tipo que presentan carencias o se encuentran redactados de una manera mecánica y aún oscura, con lagunas y contradicciones. En este caso, a los árbitros les cabe un rol más completo que aplicar el derecho existente, puesto que a veces deben crear normas jurídicas que no surgirían de las fuentes escritas. Por lo expuesto, el arbitraje comercial internacional no tendría sólo una función contenciosa sino, igualmente, normativa, debiéndose dejar de lado los esquemas basados en la división de poderes existentes en las democracias occidentales.

El árbitro puede aplicar el derecho o también crearlo, al estilo de un *common lawyer*, desprendiendo nuevas reglas materiales. Muchas veces en los acuerdos de arbitraje se incluye la posibilidad de que los árbitros resuelvan *ex aequo et bono* –como amigables componedores- y mediante este mecanismo se los autoriza a no aplicar los derechos nacionales sino el derecho formado en la profesión. Según Kahn, el vocablo equidad tendría el sentido de un reenvío al derecho profesional –siempre más adecuado y actual que los derechos estatales- y no al de una idea vaga de justicia a la que los árbitros tendrían que definir con grandes dificultades. Esta posición se debe a que el derecho profesional traduce las necesidades de los propios comerciantes.[195]

Si bien por un lado se reconoce que la autonomía del arbitraje no puede llegar a ser total -debido a que la voluntad de las partes sólo puede expresarse mediante la tolerancia de los Estados y éstos se encuentran con la libertad de concederle o no fuerza ejecutoria al laudo arbitral- también es cierto que está cada vez más firme aquella doctrina y derecho positivo que considera que el *exequatur* no debería llevar a un

---

[194] Loquin, Eric. *L'amiable composition en droit comparé international. Contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial.* 1980.

[195] Kahn, Philippe. *La vente (...)* Ibidem. *Droit international économique, droit du developpement, lex mercatoria, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?* En Études (...). Op. cit. p. 104.

examen del contenido de la sentencia arbitral, con lo que la aplicación de la nueva *lex mercatoria* quedaría fuera de todo control por parte de los órganos judiciales estatales.

Para cerrar el presente desarrollo, este orden mercático al que Kahn considera agresivo, dinámico y directamente enfrentado a los órdenes jurídicos estatales, tendría también su orden público internacional, con la misma función y mecanismos que el existente en todos los derechos nacionales, lo que permitiría excluir a las normas estatales contrarias a sus principios esenciales.[196]

### *Segunda concepción: reacciones adversas que le niegan a la* lex mercatoria *la calidad de un nuevo orden jurídico*

A partir de los dos artículos de Berthold Goldman surgieron numerosas críticas adversas desde los puntos más distantes. Las más contundentes han sido las formuladas por el Profesor Antoine Kassis en su obra *Théorie géneral des usages du commerce,* aparecida en 1984, y por el Profesor Paul Lagarde en su artículso titulado *Approche critique de la lex mercatoria,* publicado en 1982.[197] De la pluma de ambos surgen numerosas interrogantes. ¿La *lex mercatoria* constituye realmente un orden jurídico? ¿Existe realmente una sociedad internacional de los operadores del comercio internacional? ¿Es posible reconocer la existencia de contratos sin ley? ¿O la de una justicia paralela a la de los Estados?

El problema estriba, en definitiva, en saber qué se entiende por orden jurídico. Para Rigaux sería necesaria la existencia de tres elementos para que tal orden acontezca. En primer lugar, la presencia de reglas de conducta observadas por sus destinatarios. En segundo lugar, la existencia de sentencias dictadas por una autoridad jurisdiccional. Y en tercer lugar, la consagración de mecanismos de coacción que aseguren que el sistema sea un orden objetivo de derecho. En suma: una estructura normativa, la organización de autoridades decisorias y el establecimiento de sanciones a los infractores.[198]

Detrás de esta cuestión hay, sin embargo, un problema más profundo: la de saber si sólo pueden denominarse órdenes jurídicos a los estatales o si pueden existir otros órdenes jurídicos al margen de los Estados. Para la concepción estrecha o estatista, el Estado no sólo está en el sistema jurídico sino que él mismo sería un sistema. Por tanto, lo no jurídico sería todo aquello que escapa a la actividad normativa de los Estados. En cambio para la concepción pluralista el derecho no emana de una única fuente –el Estado- sino de múltiples hontanares. En este caso existiría una noción más restringida de lo que denominamos lo "no jurídico" o lo relevante para ser considerado y regulado por el derecho[199]; no habría derecho cuando se encuentre ausente una regla general y obligatoria que en forma anticipada permita guiar la conducta de los individuos. La concepción pluralista, por ende, permite reconocer como derecho al elaborado por otros órdenes jurídicos distintos del Estado, como por ejemplo, el creado por los prácticos del comercio internacional. En el pensamiento de Goldman, la afirmación de que no "no hay contrato sin ley" debería comprenderse como que no debe ser aceptado un contrato sin un derecho objetivo que lo respalde, cualquiera que fuera su origen.

Sin embargo, y a pesar de sus defensores, la nueva *lex mercatoria* aparenta no ser un orden cohesivo, puesto que le falta unidad a la comunidad internacional de los mercaderes que la subyace. La *societas*

---

[196] Ver nuestra posición contraria a esta tesis en Santos Belandro, Ruben. *El arbitraje comercial internacional. Tendencias y perspectivas.* Montevideo. 1988. p. 147.

[197] El artículo del Profesor Lagarde se encuentra en Études (...) Op. cit. p. 125 y ss.

[198] Rigaux, Francois. *Souveraineté des Etats et arbitrage transnational.* Études (...) Op. cit. p. 261.

[199] Carbonnier, Jean. *L'hypothèse du non – droit.* APD. 1963. Ibidem. *Flexible Droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris. 1983. p. 24.

*mercatorum* no existe como tal sino que hay un fraccionamiento de esta sociedad en centenas de ellas. Cada rama del comercio o de la industria, en realidad, tendría su propia coherencia y estructura. La expresión *lex mercatoria* podría ser utilizada más bien como una comodidad del lenguaje pero de ningún modo serviría para considerarla como un único orden jurídico que abarcaría a todo el orbe. Así como hay numerosas sociedades mercáticas, cada una de ellas contaría con la posibilidad y la libertad de segregar su propio derecho extraestatal. Y también cabría la posibilidad de que estos órdenes jurídicos pudieran entrar en conflicto entre sí y no necesariamente con los ordenamientos estatales. Osman desmiente esta posibilidad señalada por Rigaux y Lagarde considerando que el error radica en asimilar a cada asociación profesional y a cada centro de arbitraje con un cuerpo único que formaría un todo indivisible. Éstos sólo son elementos componentes de la institución mercática la que sería, ésta sí, un ser único, un solo cuerpo social dotado de coherencia, permanencia y estabilidad.

Siguiendo con las críticas, estos órdenes jurídicos extraestatales serían, además, extremadamente parciales: su único objetivo estaría constituido por el provecho económico, la producción de ganancias y de riqueza personal.[200] Para los órdenes jurídicos estatales, en cambio, el interés económico constituiría sólo una parte de la solidaridad social. Además, el manejo de los principios generales de derecho por la nueva *lex mercatoria* no le agregaría ninguna originalidad. Nadie osaría discutir la validez de dichos principios en cuanto ya constituyen un fondo común de las naciones civilizadas.

Quedaría pendiente saber en qué momento la relación contractual internacional escaparía al imperio de los derechos estatales para caer bajo el influjo de este orden jurídico transnacional. Se afirma que la redacción de un convenio de arbitraje señala la vía para acceder a la aplicación de este derecho extraestatal, con preferencia y exclusividad. Pero, ¿qué sucede en los casos donde dicho acuerdo no exista o las partes elijan, en cambio a una ley y aun juez estatal? En tal caso parecería ilevantable aquella posición que sostiene que debería aplicarse la ley estatal declarada competente por una regla de conflicto.

Por último, Lagarde sostiene que la simple repetición de los contratos es enteramente compatible con el ejercicio de la libertad contractual. Esa repetición no las vuelve obligatorias sino que serían simples catálogos de formularios que los operadores del comercio internacional serían libres de adoptar o no. Si bien la presión del medio podría ser significativa, la nueva *lex mercatoria* no tendría reglas dotadas de una fuerza independiente de los órdenes jurídicos estatales o interestatales. Según él, no deberíamos olvidar que hay algo que ella no detenta que es el ejercicio de la fuerza pública, cuyo monopolio permanece como patrimonio exclusivo de los Estados. Admitir la existencia de un orden jurídico extraestatal global y excluyente sería caer en un monismo dogmático de signo inverso al promovido por los Estados.

### *Tercera concepción: la nueva* lex mercatoria *constituye un cuerpo principios generales y usos que cumplen un papel o complementario o moderador de la ley que rige el contrato*

Jaime Guasp ha dicho en una hermosa frase que dice así: “no existe ningún grupo de juristas que colocado frente al arbitraje, no reaccione vivamente a favor o en contra de él. Acaso fuere la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué

[200] Klein, Frédéric – Edouard. *De la autorité de la loi dans les rapports commerciaux internationaux.* Int’l and Economic Order. Essays in honour of P. A. Mann on the occasion of this 70th birthday on august, 11, 1977. p. 617.

opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra de é, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos mas que dogmáticos, sobre lo que el derecho verdaderamente deba ser".[201]

Una situación similar se presenta con el estudio de los derechos extraestatales y, en especial, con el de la nueva *lex mercatoria.* Los defensores de una u otra posición se han parapetado detrás de trincheras difícilmente expugnables. La situación es del todo comprensible, el jurista se encuentra formado esencialmente en el estudio del derecho que, en definitiva, es el derecho positivo vigente en su país, elaborado por el legislador y aplicado por los jueces. La parte de los años que ha dedicado en su carrera universitaria al estudio de los usos jurídicos, a su génesis, a su decaimiento, a su interpretación y a su correlación con los derechos estatales les ha insumido un período de tiempo sumamente exiguo –si es que le ha dedicado alguno- en relación con su importancia sobre el plano del comercio internacional. En ocasiones, cuando se los menciona, se expresa que no han adquirido aún la jerarquía de una norma estatal. Luego, la deformación jurídica se agrava más aún debido a que gran parte de los profesionales egresados pasan a revistar en las estructuras del Estado, ya se como legisladores, jueces, profesores o, en general, como funcionarios, por lo que la parcialidad de lo aprendido se les aparece como algo natural y justificado.

Por este motivo sería aceptable una teoría menos radical acerca de la nueva *lex mercatoria* y plantear el siguiente alegado: no al monismo estatal, pero también no al monismo extraestatal. La nueva *lex mercatoria* debería comprender a aquellas normas del comercio internacional que si bien no constituyen un sistema jurídico completo, al menos se presentan impuestas como para pensar que todo otorgante de un contrato internacional se encuentra obligado por las mismas. No debería proclamarse que ellas solas forman la ley aplicable al contrato sino que, más bien, juegan un papel ya sea complementario o moderador de la ley del contrato.[202] En ocasiones sucede que ciertas reglas aplicables a las transacciones internacionales se hallan tan expandidas que no sería necesario basarse en ningún derecho estatal para justificar su aplicación.

Para Loquin, la función de la nueva *lex mercatoria* debería consistir en llenar las lagunas de los textos estatales.[203] Su papel quedaría subsidiario, mediato, supletorio, y actuaría en ausencia de una disposición en la ley aplicable o mediante un permiso de la ley estatal. En suma, parece perfilarse la concepción de que la nueva *lex mercatoria* sería un sistema de normas consuetudinarias cuya aplicación debería hacerse en forma combinada con las leyes estatales. Porque tenemos que tener en cuenta, en primer lugar, que son los Estados los que deberían resolver sobre el plano económico, en exclusividad, el equilibrio geográfico de las implantaciones industriales en sus territorios, sobre la formación de sus profesionales, sobre las migraciones de población o la protección sanitaria y social, o las políticas de defensa, como también la tarea de ingresar la producción y repartir equitativamente los mercados sobre todo el territorio nacional, la

---

[201] Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español.* Barcelona. 1956. p. 13.

[202] Paulsson, J. *La lex mercatoria (...)* Op. cit. p. 69. Béguin, Jacques. *La développement de la lex mercatoria menace – t – il l'ordre juridique international?* 30 Mc Gill Law Journal. 1984 – 1985. p. 479. Para Kassis teniendo en cuenta que todo orden jurídico nacional comporta insuficiencias, cuando la solución no está dada por el propio derecho habría que recurrir a elementos externos como los usos. Todos los sistemas nacionales admiten la integración de los contratos mediante los usos del comercio. Sólo en este aspecto se impondrían, tanto al juez como al árbitro internacional. De esta manera, se aplicaría el uso a título de interpretación del contrato y no como la aplicación de una norma. Para el citado autor, las directivas generales de interpretación constituyen, en este punto, un derecho común a los Estados contemporáneos y no plantearía un problema particular de derecho internacional privado. Kassis, Antoine. *Théorie (...)* Op. cit.

[203] Loquin, Eric. *L'amiable composition (...)* Op. cit.

de regular las inversiones, el mercado de cambios, las transferencias de tecnología, la protección de los trabajadores, la lucha contra la competencia desleal, el régimen fiscal de las empresas multinacionales, la regulación de las exportaciones y de las importaciones, el equilibrio de la balanza comercial y de pagos, etc. No hay Estado rico o pobre que escape a este quehacer.

Y porque, en segundo término, son los agrupamientos extraestatales a los que les corresponde aportar las piezas esenciales de las operaciones del comercio internacional, como la regulación del crédito documentario, la de los contratos "llave en mano", "producto en mano" o "mercado en mano", la regulación de la venta internacional de mercaderías la cual no podría realizarse eficazmente sin el auxilio interpretativo de los INCOTERMS, y la tarea fructífera de los árbitros en el campo internacional.

De lo expuesto resulta claro que existe una interpenetración indisoluble entre las sociedades estatales y las sociedades mercáticas.[204] Ninguna puede sobrevivir sin la otra. No podría acontecer como anunciaba Lambert, la existencia de dos derechos comerciales: uno elaborado por los jueces y otro realizado por los comerciantes sino, y en cambio, un solo derecho comercial que aceptaría en su seno diversas fuentes de producción jurídica.

## II. PANORAMA AMERICANO

### La revalorización de las sociedades civiles frente a los Estados a través de la pluma del Profesor Quintín Alfonsín

Resultará difícil comprobar en otro país, una sucesión de escuelas de derecho internacional privado tan opuestas como la que ocurrió en Uruguay en la década de 1940. En dicho momento se enfrentaron dos enfoques de pensamiento, dos maneras de concebir a nuestra rama. Por un lado, la escuela neo-territorialista del Río de la Plata, que concebía a nuestra ciencia como un conjunto de reglas indirectas tendentes a resolver un conflicto de soberanías, encargadas de repartir o distribuir la competencia legislativa o jurisdiccional entre los diversos Estados vinculados con la relación jurídica privada internacional. Y, por el otro, la escuela sustantivista creada por el Profesor Quintín Alfonsín, quien pensaba en un derecho privado material extranacional que regularía en forma directa a todas las relaciones privadas internacionales y que emanaría, sin intermediarios, de las sociedades regionales compuestas por los individuos.[205]

Cualquier observador ubicado en dicho momento hubiera apostado al surgimiento de un duro enfrentamiento, a una acerada polémica entre ambas concepciones, estando aún vivos tanto Álvaro Vargas Guillemette como Jorge Sienra, últimos exponentes de la escuela neo-territorialista y, sin embargo, ello no ocurrió. Al parecer, esta última se encontraba doctrinariamente agotada y cabría pensar que ya no podría realizarse ningún aporte científico suplementario al ya realizado por Gonzalo Ramírez, sus discípulos y el propio Vargas Guillemette.

A la declinación física y de pensamiento de los integrantes de la escuela fundadora de nuestro derecho internacional privado se le enfrenta un joven Alfonsín, en febrero de 1938, cuando presenta su tesis sobre *El orden público.* No es un simple azar el que llevó a Alfonsín a elegir el orden público como desarrollo de su primera investigación. Él percibió que precisamente a través de este instituto –que por otra aparte existe desde la época estatutaria cuando se distinguía entre los estatutos favorables y los odiosos- era por

[204] Béguin, J. *Le développement (...)* Op. cit. p. 519 y ss. Ishizaki, M. *le droit (...)* Op. cit., en el Preface.

[205] Resulta imposible estudiar en forma completa las características y críticas a

donde el derecho internacional privado pedía su rigor científico y, en último instancia, su carácter de derecho obligatorio para regular las relaciones privadas internacionales. Por este motivo, su primera preocupación fue la de examinar la relación que existe entre el derecho internacional privado y el orden público internacional y la sujeción necesaria que debía dársele a este último respecto del primero, buscando, en definitiva, una ordenación jurídica entre ambos principios antagónicos.

Para llevar a cabo esta tarea Alfonsín sintió la necesidad de "remover hasta los cimientos la obra 'clásica' de nuestros maestros[206] y, para ello, va planteando sucesivamente un conjunto de axiomas que nos permiten calibrar desde el primer instante, la profundidad del cambio operado. Estos conceptos medulares son los siguientes:

1) la soberanía estatal no es absoluta frente a las relaciones extranacionales;

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

3) la limitación de la soberanía estatal proveniente del derecho internacional privado no es una autolimitación sino que resulta impuesta por la realidad social;

4) el derecho internacional privado no se basa en la comunidad jurídica los Estados sino en la simple interdependencia de los hombres;

5) el contenido del derecho internacional privado no proviene de los Estados sino que tiene un origen autónomo de estos últimos.[207]

La obra sobre *El orden público*, debe ser mirada como uno de los intentos más vigorosos aparecidos en este continente por rechazar la identificación total del derecho con el derecho estatal y por aludir, a vía de consecuencia, una concepción pluralista del derecho. El pluralismo jurídico postula que un mismo sujeto de derecho es susceptible de estar gobernado por una multiplicidad de órdenes jurídicos debido a que sobre un determinado territorio no existe un único ordenamiento jurídico –el estatal- sino una pluralidad concurrente de derechos –estatales, infraestatales y supraestatales. Por tanto, el derecho estatal debe sufrir la competencia de ordenamientos jurídicos de diferente naturaleza.

El análisis de Alfonsín se cumple por etapas. La primera se encuentra dirigida a remover al Estado del sitial que hasta ese momento ocupaba en nuestra rama jurídica, para cubrir su lugar con otros actores o entidades: con la sociedad internacional y con las sociedades regionales. Otros dos universalistas habían percibido con anterioridad esa falta de asimilación del Estado con la sociedad. Uno de ellos fue Savigny cuando al intentar poner coto al derecho racionalista producto del Iluminismo, consideró como la fuente más genuina del derecho a aquél surgido de ese organismo que él denominó *volk* o pueblo – nación. Un derecho que por su carácter genuino y espontáneo debía prevalecer ante cualquier intento de sistematización o codificación estatal. No obstante, su método basado en la idea de la localización de la relación jurídica fue utilizado como un instrumento insustituible para la exclusiva distribución entre los derechos estatales de esa relación. En ese nicho permaneció por décadas. El otro fue Mancini, quien en su afán de lograr la unidad de Italia percibió la diferencia entre nación y Estado, reivindicando el derecho de cada nación a tener una organización político – estatal propia.

---

[206] Alfonsín, Quintín. *El orden público.* Op. cit. p. 20.

[207] Todos estos axiomas pueden verse analizados en la misma obra, desde la p. 25 a p. 67.

Pero en ambas situaciones se alude a agrupamientos humanos que concentran en sí la virtualidad de todas aquellas actividades y de todos aquellos sentimientos que, más acá o más allá, les proporcionarían las herramientas políticas para administrarse políticamente por sí mismos. El pensamiento de Alfonsín es más rico en cuanto alude a cualquier agrupamiento humano que tenga en su seno la potencialidad necesaria como para que pueda considerárselo como nación o, por el contrario, una sociedad civil más específica, dedicada a una actividad parcial, como por ejemplo, a la actividad económica, religiosa, deportiva, cultural, etc., sin intentar aspirar a levantar una organización soberana como aquella propia de la de un Estado moderno.

Al no querer subordinar el carácter de regla de derecho a su reconocimiento por el derecho estatal, consideró que era necesario emprender, ante todo, la independización de las relaciones extranacionales para sustraerlas del Estado. Alfonsín eleva sus críticas a quienes se empeñan por ignorar las fuerzas humanas que intervienen en el derecho, en cuanto creen que existe un solo término o parámetro en la solución, el Estado. En realidad, éste se halla sometido a las mareas humanas y es impotente para resistirlas. Si se crea una comunidad de Estados que tuviera por objeto impedir el tránsito de las relaciones privadas extranacionales, sería totalmente inútil y fracasaría de hecho. Cuando un Estado permite el tránsito de una relación jurídica extranacional lo hace espontáneamente y, cuando viola el derecho sufrirá la sanción que le impone el aislamiento de sus individuos y la ausencia de relaciones extranacionales en su territorio. El único fundamento de creación del derecho internacional privado radica en la interdependencia humana; una vinculación que sólo existe en el campo sociológico. Este fundamento le parece satisfactorio. A veces es desechado porque se sale del plano puramente normativo y se apoya en el historicismo jurídico, pero concluye que toda fundamentación de lo jurídico debe ser extrajurídica para ser satisfactoria.

El punto de partida de su concepción privatista es la siguiente: así como cada sociedad nacional crea su propio derecho civil, comercial, marítimo, etc., para satisfacer sus propias necesidades, se supone que la sociedad civil internacional interviene en la creación de un derecho aplicable a las relaciones que nacen en su seno basado en el viejo aforismo que sostiene que siempre donde hay sociedad hay un derecho (*ubi societas ibi jus).* Por consiguiente, para el autor uruguayo las normas de derecho internacional no son formales sino materiales, ellas mismas regulan la relación extranacional y no le adjudican competencia a ningún derecho privado nacional. Por esta razón, constituye un derecho privado, aunque especial por la materia a la que se dirigen: a las relaciones extranacionales.

Ese derecho privado internacional sería uno y universal si el mundo entero constituyera una sociedad homogénea y uniforme, pero no es así. Él distingue numerosas sociedades regionales dentro de las cuales tienen vigencia sendos derechos privados. Dichas regiones no están yuxtapuestas sino superpuestas.[208] El derecho aplicable a las relaciones jurídicas extranacionales es extranacional no sólo por ser *distinto* al derecho privado aplicable a las relaciones jurídicas nacionales sino también por ser *ajeno* a los órdenes jurídicos nacionales y, al ser supranacional –porque la sociedad extranacional está por encima de las sociedades nacionales estatales- posee vigencia *per se* en el territorio de todos los Estados y aún contra la voluntad de los Estados.

---

[208] La idea se repite en Carbonnier, Jean. *Les hyphotèses fondamentales de la sociologie juridique théorique.* Flexible Droit. Op. cit. p. 17.

Quienes como Alfonsín le asignan a la costumbre internacional un lugar preeminente debido a que de ella derivan todas las demás, llegan a considerar que una norma *sólo* es jurídica cuando la conciencia social –el espíritu del pueblo, el *volksgeit*- la adopta como tal reputándola obligatoria. Si bien es verdad que el Estado dicta normas jurídicas nacionales –leyes, decretos, etc.- es la conciencia social nacional la que en realidad las sanciona. Igualmente, los Tratados sin un verdadero arraigo social no son auténticamente supranacionales, lo más frecuente es que las normas del Tratado sean la expresión de un derecho consuetudinario preexistente. Si expresan la voluntad de la sociedad internacional son normas auténticamente supranacionales si no, serán meramente convencionales.

## No se debe trabajar más con derechos prestados sino con un Derecho propio

Alfonsín percibió las carencias en el pensamiento de los autores clásicos. Éstos pretendían que el mundo jurídico estuviera dividido en un casillero de legislaciones estatales y que era menester ubicar a cada relación en la casilla que presentare menos inconvenientes aunque quedare con un palmo afuera para, al final, repartir a la relación entre dos o tres derechos particulares, corriendo así el riesgo de aplicarle derechos contradictorios y de enmarañar las soluciones. De este modo, las relaciones jurídicas extranacionales aparecerían desprovistas de un derecho sustantivo particular. No tendrían un derecho sustantivo propio sino que vivirían de derechos prestados. Esta solución es rechazada profundamente por el autor, para quien es natural y necesario que cada relación jurídica se rija por tal o cual derecho, pero por uno solo, que la tutele en todos los aspectos y en todos los momentos, siendo antijurídico que se rigiera por varias legislaciones particulares. De ahí se deduce que el contenido del derecho internacional privado es autónomo: las normas jurídicas no nacen por la voluntad de los Estados sino por la necesidad de proveer de derecho a todas las relaciones interindividuales extranacionales. Todo orden jurídico internacional, en definitiva, es un orden intersocial.

La falta de espacio no nos permite profundizar aún más en las ideas del Maestro. Basta decir que su doctrina fue totalmente innovadora en Uruguay e igualmente en el resto de América. En ninguna parte del continente se ha recogida la posición de considerar al derecho internacional privado como un derecho material extranacional. Si queremos encontrar parentescos y afinidades habría que recurrir al pensamiento europeo: al holandés Jitta[209], en primer lugar, a la doctrina de Edouard Lambert[210], a la obra de Santi Romano[211] y, también, a la de Savigny, en la parte más flexible de su teoría, donde se reconoce al espíritu del pueblo y a la costumbre como la fuente más importante del derecho, con una fuerza derogatoria frente a todas las demás por la simple razón, como expresa Alfonsín, "de ser la forma auténtica de manifestarse directamente la voluntad social".

Es indudable que nuestro Maestro planteó una utopía en un momento de preguerra. En 1938 no estaban dadas las condiciones para que su ideología se transformara en una realidad. Para encontrar continuadores de su pensamiento debemos acudir recién a la obra de Kahn aparecida recién en el año 1961, seguida luego con fuerza por Fouchard, Goldman y tantos otros. No obstante, todos ellos centralizan sus referencias en una sociedad con una finalidad muy específica como lo es la sociedad mercática. Tenemos la impresión que recién la obra del Profesor Francois Rigaux –50 años después- es la que recoge con

---

[209] Jitta, Josephus. *Método de derecho internacional privado.* Madrid. 1890. Traducción española de Fernández Prida.

[210] Ver la obra de Ishizaki ya citada.

[211] Romano, Santi. *L'Ordre Juridique.* Paris. 1975.

mayor amplitud el legado alfonsiniano cuando aboga, con prudencia pero con la fuerza intelectual de sus conocimientos, que debemos ir a la búsqueda de un nuevo perfil del derecho internacional privado que no limite el elenco de sus actores a los Estados sino que reciba en su seno a otros "partenaires", dotados de sus derechos singulares.[212] No dudamos que ese es el gran reto que tiene por delante, en estos momentos, el derecho internacional privado interamericano.

### La ***lex mercatoria*** en las Convenciones Interamericanas de la C.I.D.I.P.

La participación de los operadores del comercio internacional se presenta como muy despareja a la hora de la creación del derecho extraestatal. América Latina –productora de materias primas- se encuentra sometida generalmente a la ley del comprador, quien se halla ubicado en los países altamente industrializados del hemisferio norte.

¿En los hechos, la consagración jurídica de la *lex mercatoria* no ayudaría a refrendar la voluntad de la parte más poderosa de la transacción? ¿No sería la ley del más rico o la de los países más fuertes o la de las multinacionales, o más generalmente, la del sistema capitalista, que intentaría esconderse bajo el manto jurídico de un fondo común emanado de las naciones civilizadas para imponerse sin que se le puedan formular reservas? ¿Cuánto hay de repetición libre y voluntaria en los contratos internacionales que permite pensar en la creación espontánea de un derecho objetivo y cuánto de contrato de adhesión a favor de la ley del más poderoso, cuya suscripción resulta inevitable con la finalidad de poder operar en ciertas áreas del comercio internacional? Todas estas preguntas nos resultan inquietantes y nos hacen dudar de un reparto equitativo en la tarea de producción normativa de la denominada sociedad internacional de los comerciantes.

Pero, si bien no existe abundante doctrina que afirme la participación de América Latina –con su propio perfil- en la elaboración de la llamada sociedad mercatoria, podemos sí afirmar que la O.E.A., a través de la C.I.D.I.P., ha elaborado dos importantes Convenciones: la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en el curso de la C.I.D.I.P. I, en Panamá; y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la C.I.D.I.P. V, en México, que analizaremos a continuación.

## *La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*

Esta Convención dispone en su art. 3 que

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

Mediante la citada disposición se le reconoce internacionalmente a un sujeto de derecho privado un poder regulador, la calidad de productor de normas procesales y posiblemente de fondo con preferencia a los Estados, con lo que podríamos preguntarnos si, en este caso, no se le estaría otorgando un reconocimiento a la nueva *lex mercatoria* de un modo oficial. Para Levin, lo dispuesto en este artículo sustituye a la ley del lugar del arbitraje. Y el delegado de los Estados Unidos de América manifestó que "no se deseó mantener, en ningún momento, a la ley del lugar del arbitraje, ya que si la ley del lugar se mantenía en el texto de la Convención, se produciría un conflicto de principios entre dicha disposición y las reglas de la C.I.A.C., y ello no sería deseable. El enfoque básico que toma en cuenta el Comité Jurídico

---

[212] Rigaux, Francois. *Les situationes juridiques individuelles dans un système de relativité générale.* 213. Recueil des Cours. 1989. I. P. 26.

Interamericano –según sus palabras- sería el de resolver las diferencias de acuerdo a la buena conciencia, por lo que no debería estar limitado específicamente a la ley del país".

El art. 3 no reconoce específicamente la posibilidad de que las partes pudieran elegir el derecho de fondo, pero como en el citado artículo lo remitido al Reglamento de Procedimientos de la C.I.A.C. es "el arbitraje", o sea, toda la institución arbitral y no únicamente sus aspectos procesales, opinamos –aunque no tenemos reservas en reconocer que en su momento el punto era controvertible- que también esa cuestión estaba cubierta por el Reglamento de Procedimientos de la C.I.A.C. Siendo así, el art. 33.1 del mencionado Reglamento consigna que las partes tendrán el derecho de elegir, en forma directa, la ley aplicable al fondo de la relación litigiosa. Si ellas no indican la ley aplicable, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. Lo que el Reglamento ordena pues, es la consulta a una ley y no a un derecho extraestatal. No obstante, en todos los casos, según el mismo artículo, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

La Convención impone pues, la búsqueda de una ley estatal y ello demuestra que a los medios económicos no se les reconoce aún la aptitud para arribar a una desnacionalización absoluta del arbitraje. Sin embargo, se exige que esa ley debe ser adaptada a las circunstancias internacionales mediante la aplicación preceptiva de los usos del comercio internacional. Con ello se logra coordinar dos tendencias: el imperio de la norma jurídica de origen estatal, por un lado, aunque desprendida de las particularidades nacionales mediante una internacionalización obtenida por intermedio de su aplicación combinada con los usos, por el otro.

## La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales parece culminar la tendencia iniciada en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, al reconocer de un modo más claro, la estructura pluralista de la sociedad internacional, permite regular a los contratos internacionales por otros ordenamientos jurídicos distintos a los estatales.[213] Su propio título alude a una Convención sobre "el derecho aplicable" a los contratos internacionales y no sobre la "ley aplicable", manifestando el uso del vocablo, un ámbito más vasto que el propio de una norma legal. La nueva *lex mercatoria* se encuentra referida en forma directa en dos artículos: en el art. 9º inciso segundo y en el art. 10º. Y de una manera indirecta también se encuentra aludida en el art. 7º al establecer que "el contrato se rige por el derecho elegido por las partes", sin que el texto acote o limite la libertad de los contratantes a la elección de un derecho de origen estatal.

La estructura de la Convención, a fin de determinar cuál es el derecho aplicable a los contratos internacionales, es la siguiente: ese derecho es el elegido por los propios particulares que contratan y, en ausencia de dicha elección –expresa o táctica, pero real- el contrato se habrá de someter "al derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos". Acto seguido, el inciso segundo del art. 9º dispone que

---

[213] Arnaud considera que el derecho es una tarea a realizar por todos, por lo que corresponde proceder a la reubicación de algunos sujetos o agentes en la sociedad, realizar un acercamiento a la sociedad tal cual es, para reatraparla en una nueva escala de valores. Arnaud, André – Jean. *Les juristes face à la societé du XXe. Siècle á nos jours.* Paris.

> *El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales*

Luego, el artículo mencionado completa la referencia de la siguiente manera:

> *Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y 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*

Las citadas disposiciones parecen recoger la tercera concepción que hemos señalado *ut supra* y que lleva nuestra preferencia: la de una colaboración entre los Estados y los agrupamientos privados, para la regulación del comercio internacional, habida cuenta que ninguno de los actores por sí solos pueden emprender en forma eficiente dicha tarea. Las fuentes convencionales interestatales elaboradas en el ámbito del arbitraje, verdadero catalizador del derecho comercial extraestatal, unido a las normas elaboradas en el campo de los contratos internacionales, a la que debe acoplarse la labor desarrollada por UNIDROIT en la redacción de los principios relativos a la contratación internacional, permiten afirmar que se está conformando en la región un verdadero *common law* de los contratos, con contornos bien definidos en sus aspectos conflictual y sustantivo.

Durante el transcurso de la Conferencia de México, diversas delegaciones manifestaron que la referencia a "los principios generales aceptados por los organismos internacionales" no se dirigía exclusivamente a los organismos públicos internacionales –como la CNUDMI o UNIDROIT- sino también, a los organismos privados que contaran con una actuación relevante, permanente y reconocida sobre el plano internacional, como la Cámara de Comercio Internacional de París, o la Comisión Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional (C.I.A.C.). Del contexto de ambos artículos emanaría el reconocimiento de un orden jurídico vinculante de origen no estatal ni interestatal.

De prosperar esta posición sobre el nivel jurisprudencial ello tendrá consecuencias profundas que conducirán a una nueva concepción del derecho internacional privado. La primera de ellas, es que en la medida de que la nueva *lex mercatoria* esté compuesta de normas jurídicas, éstas podrían llegar a ser tratadas por el juez estatal como una ley extranjera aplicable de oficio. Sería de recordar, entonces, a aplicación en el caso, del art. 2º de la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, aprobada en la C.I.D.I.P. II en Montevideo, en el año 1979, la que expresa que "los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Esta disposición debería ser convenientemente adaptada, tomando en cuenta que cuando se aplican las normas de la nueva *lex mercatoria*, la referencia a "los jueces del Estado cuyo derecho resulta aplicable" debe entenderse como refiriéndose a los árbitros, en tanto éstos son los detentadores de un poder de esa sociedad mercática, en parte jurisdiccional y en parte legislativo.

El reconocimiento de ordenamientos de origen extraestatal conduce, igualmente, a reconocer que están dotados de un orden público transnacional, el cual no debe confundirse con el orden público internacional auténticamente universal. Negarlo, para Alfonsín, sería insostenible porque desconocería la coherencia natural de los grupos sociales que necesitan de un núcleo duro e imperativo de conceptos y de normas. No obstante, aún cuando el árbitro cumpla una tarea de guardián del orden mercático internacional, las reglas

estatales excluidas sólo podrán ser aquellas que revistan un carácter supletorio. Esta posición se encuentra además confirmada por la propia Convención, la que en el art. 11º expresa que “no obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo”.

Para finalizar y demostrar el reverdecimiento del pensamiento alfonsiniano, recogido en *El orden público*, lo cual seguramente traerá dicha obra nuevamente con fuerza a la palestra de la discusión doctrinaria actual, queremos consignar que en el curso de la Conferencia nada menos que el delegado de los Estados Unidos de América, el Profesor Friedrich Jüenger, recordó su filosofía. Sentimos en ese momento, la presencia del Maestro en el cenáculo de los especialistas provenientes de todos los rincones de nuestra América y que, como en la cita bíblica, “él era, aún hoy, uno más entre nosotros”.

# CAPÍTULO 18

# EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

## Sección 1
## La Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras

La *Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, se ha convertido en una verdadera Carta Magna en esta materia al haber superado holgadamente las 140 ratificaciones.

La Convención no trata todos los problemas del arbitraje internacional sino dos de los más importantes:

a) el del reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales que caen bajo su ámbito de aplicación y sus efectos sobre el procedimiento judicial; y

b) el del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

Por tanto, el título de la Convención no guarda una concordancia estricta con su contenido, el cual es mucho más amplio.

En su texto hay una actitud favorable al arbitraje, el cual es mirado como un medio capaz de restablecer la paz económica, la seguridad jurídica y la regulación discreta de los conflictos de intereses privados. La adopción de este enfoque convierte a La Convención en un texto sumamente práctico.

— La Convención no recogió la noción de sentencia arbitral "internacional" como era el deseo de la Cámara de Comercial Internacional de París (sentencia desprendida de todo orden jurídico estatal) sino que la sustituyó por el de sentencia "extranjera". No obstante, ello no significa el desconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, la que es reconocida para diseñar las normas del procedimiento arbitral, así como también para la constitución del tribunal pertinente. La ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje se aplicará en forma subsidiaria.

— Para solicitar el reconocimiento o la ejecución de una sentencia arbitral extranjera ya no se requiere que la sentencia esté firme, basta que sea obligatoria, lo que elimina el trámite del doble exequátur. Se realza el valor vinculante del laudo arbitral, aún antes del pedido de exequátur.

— Consagra el principio de que el acuerdo arbitral es un título que merece fe y que las sentencias arbitrales extranjeras deben ser declaradas ejecutables luego de un examen de su regularidad.

— Invierte la carga de la prueba en cuanto ya no se exige que el demandante deba probar requisitos sino que debe presentar únicamente dos documentos: los originales o copias auténticas del acuerdo arbitral y del laudo, y sus traducciones al idioma del Estado del juez requerido, si es distinto de aquél donde se redactó el acuerdo o la sentencia. A partir de este momento será la parte contra la cual se pide el reconocimiento o la ejecución, quien deberá probar algunos de los motivos taxativamente determinados en el art. V, lo cual le da a todo el mecanismo una gran agilidad.

— Limita los efectos del rechazo de la sentencia arbitral extranjera a lo estrictamente necesario, posibilitando la admisibilidad del exequátur parcial.

— Simplifica el esquema de las condiciones y de los procedimientos que gobiernan el reconocimiento o la ejecución de los acuerdos y de los laudos arbitrales, aunque no llega a concretar una reforma básica ni una unificación de los derechos nacionales respecto del arbitraje.

De este modo la Convención de Nueva York ha cumplido con holgura su cometido. Y aun más, se ha ido constituyendo con el transcurso de los años en la pieza maestra de un inmenso *puzzle* constituido además por Convenios bilaterales, regionales, normas nacionales de derecho internacional privado, reglamentos de instituciones permanentes de arbitraje, proyectos de leyes uniformes o de leyes modelos, sin cuyo concurso no hubiera quedado armado. Ha venido a constituirse en el centro de un sistema copernicano alrededor del cual giran y se desarrollan otros textos de regulación del arbitraje y de figuras conexas, sin tocarla a fondo sino más bien, completando sus carencias y adaptándola a la realidad del presente.

## Ámbito de aplicación de la Convención

### a) ***Reconocimiento y ejecución***

Como se ha expresado, esta Convención no trata todos los problemas del arbitraje comercial internacional sino el más importante, el referido a la eficacia extraterritorial de la sentencia arbitral, mediante su reconocimiento y ejecución. Su implantación significó un viraje de 180 grados respecto del proyecto presentado por la Cámara de Comercio Internacional de París. El título de la Convención hace referencia al "*reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*" recogiendo, por tanto, la distinción entre reconocimiento y ejecución adoptada por parte de la doctrina. Por el primer procedimiento se entiende el estudio de la admisibilidad jurídica del laudo arbitral realizado por las autoridades judiciales de un Estado distinto de aquél en el cual se realiza dicho acto o, en aquel Estado donde no se la considera como nacional. Este estudio de la admisibilidad jurídica del laudo tiene lugar sin ningún proceso, puede ser realizada por los particulares, fuera de todo litigio y se satisface examinando los requisitos que debe reunir dicha sentencia arbitral según las exigencias implantadas por la propia Convención. Cualquier funcionario, profesional o un simple particular pueden realizar esta tarea. La persona comprobará, sin más, las condiciones de reconocimiento establecidas por la normativa supranacional.

La actividad puede agotarse en esta etapa si se trata de sentencias constitutivas o meramente declarativas, pero si se dicta un laudo arbitral de condena al pago de una cantidad líquida y exigible, se requiere una mayor protección de los bienes y de las personas sobre los que recae la medida, lo que hace necesario constituir un procedimiento especial de exequátur para obtener la secuela de la ejecución.

Sin embargo, el texto no ahonda en esta distinción. La Convención reconoce la presencia de los regímenes nacionales de control de la sentencia arbitral extranjera y no se vuelca a favor de un procedimiento especial para el reconocimiento y otro para la ejecución, ni tampoco un procedimiento único para ambas situaciones. El Estado requerido puede tener normas nacionales que unifiquen ambos procedimientos exigiendo en todo caso el exequátur o puede diferenciarlos netamente. En consecuencia, deben respetarse las reglas procesales de cada país al respecto.

### b) ***Laudos arbitrales extranjeros***

La segunda parte de la Convención hace referencia al reconocimiento de las sentencias arbitrales "extranjeras". ¿Qué se entiende por tal? La Convención utiliza dos criterios, ambos negativos, para precisar cuándo nos encontramos ante una sentencia extranjera. De su interpretación se desprende que

sólo acepta la categoría de laudos nacionales extranjeros, es decir de aquellos laudos sometidos a una ley nacional, se rechaza la posible existencia de un laudo a-nacional o flotante, desvinculado de cualquier orden jurídico estatal y basado exclusivamente sobre la voluntad o el acuerdo de las partes.

***Primer criterio**:* se entiende por sentencia arbitral extranjera aquélla "*dictada en el territorio de un Estado distinto de aquél donde se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias*". Ya no se trata de una sentencia proveniente de un Estado Contratante la que debe ser reconocida o ejecutada —como ocurre en la mayoría de las Convenciones— sino cualquier sentencia que provenga de un Estado extranjero, sea éste o no ratificante o adherente de la Convención de Nueva York. El requisito de la nacionalidad de las partes queda completamente suprimido. Y si el Estado requerido constata que las dos partes son ciudadanos de su propio país, tampoco deberá descartar la aplicación del texto supranacional y considerar al arbitraje como interno.

***Segundo criterio***: el segundo criterio lo encontramos en el art. I.1 in fine, que establece que la Convención "se aplicará también, a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado donde se pide su reconocimiento y ejecución". El origen de este segundo criterio se debe a que hay países, como Alemania y Francia, que consideraban a las sentencias arbitrales como nacionales o extranjeras no sobre la base del Estado en cuyo territorio se dictó sino que la "nacionalidad" del laudo resulta determinada por la ley que rige el procedimiento arbitral. En este caso, aún cuando se dicte la sentencia fuera de Alemania pero sometida a la ley alemana, será considerada como "nacional" para dicho país. Este segundo criterio ha sido aplicado por Uruguay en un caso que se comenta al final de este Capítulo.

En conclusión, para la aplicación de la Convención no es un elemento relevante, ni que la sentencia se dicte en un Estado Parte, ni que se aplique la ley de un Estado Parte, aunque sí es necesario que la sentencia se haya dictado en el extranjero —con relación al Estado requerido— o que el Estado al cual se le solicita el reconocimiento o ejecución no la considere como sentencia "nacional" aun cuando haya sido dictada en su territorio. En este último caso, cada Estado utilizará sus propios criterios para definir dicha situación en forma totalmente discrecional.

Calificación como sentencia. La Convención no cubre las diligencias de mero trámite ni las provisorias, aunque sí las sentencias arbitrales interlocutorias que ponen fin a un litigio o juicio accesorio y, las definitivas. ¿A qué orden jurídico corresponde calificar el laudo o sentencia arbitral para determinar si se encuentra comprendida en el ámbito de vigencia de la Convención de Nueva York? Como fija dos criterios para precisar cuándo estamos ante una sentencia arbitral extranjera, la tarea calificatoria no puede ser la misma y única para los dos. Examinando el primer criterio, el orden jurídico que debe determinar si esa resolución es una sentencia arbitral, es el orden jurídico del Estado donde dicha resolución se dictó. El concepto sustantivo de la sentencia será determinado por la *lex causae*, por la ley del Estado de origen del laudo arbitral. En cuanto al segundo criterio, la solución no puede ser la misma, en este caso, el juez del Estado requerido deberá realizar una tarea calificatoria de acuerdo a su *lex fori* para determinar si considera a dicha sentencia como tal, respetando las pautas de la Convención.

Ámbito de aplicación en razón de la materia

La normativa no comprende únicamente el estudio de los arbitrajes destinados a resolver litigios de carácter comercial, aunque éstos eran los que realmente estaban en su mira. Su objeto es mucho más

amplio puesto que caben todas las manifestaciones del arbitraje de derecho privado, tales como el arbitraje civil o el destinado a resolver las consecuencias civiles del delito, el comercial, etc. Asimismo, la relación jurídica objeto del arbitraje puede ser o no contractual. No obstante, los Estados Contratantes están facultados para limitar la aplicación del Acuerdo al campo exclusivamente comercial, en uso de la primera reserva establecida en el art. I.3.

### Ámbito de aplicación en razón de las personas

No hay ninguna limitación *rationae personae* en la aplicación de la Convención de Nueva York. El punto de conexión nacionalidad de las partes o de los árbitros resulta irrelevante para ésta. La Convención hace referencia a las partes pero en otro sentido, cuando alude al reconocimiento y ejecución de sentencias que "*tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas*", es decir, en atención a su calidad o naturaleza. La tesis a favor de la inclusión de las personas jurídicas de derecho público en el campo de aplicación de la Convención se encuentra confirmada por lo manifestado en la "Exposición de Motivos del Proyecto del Comité ECOSOC", el cual consideró superflua una mención expresa siempre que el Estados o sus organismos realicen una actividad privada.

### Reservas

Los redactores de la Convención fueron hostiles a la inclusión de cualquier tipo de reservas pues la finalidad fue la elaboración de un texto internacional que funcionara de un modo uniforme basado sobre la idea de que todo Estado ratificante asume la obligación de reconocer y ejecutar *todas* las sentencias arbitrales, cualquiera fuere el Estado donde se emitiere. No obstante, incluye dos reservas con el objetivo de favorecer la ratificación por parte de los Estados.

***Primer reserva**:* es la contenida en el art. I.3 que expresa que "*todo Estado podrá declarar, basándose en la reciprocidad, que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente*".

***Segunda reserva**:* contenida en el mismo artículo, consigna que "*podrá también declarar que sólo se aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno*". La Convención no define qué se entiende por relaciones jurídicas "comerciales" y sobre el punto pueden utilizarse múltiples criterios: objetivos, subjetivos o mixtos. En definitiva, se trata de una norma de reenvío al derecho interno de cada Estado, abandonándose la calificación de la comercialidad de la relación a la *lex fori.*

### Coexistencia de la Convención con otras Convenciones posteriores

En el caso de coexistencia de Tratados la última palabra la tiene, por supuesto, la Convención posterior. Para el caso de conflicto entre Convenciones pueden utilizarse tres criterios para solucionarlos: el primero es el cronológico (*lex posterior derogat prior*), el segundo es el de la especialidad (*la norma más especial deroga la más general),* y el tercero y último, el de la aplicación de la norma más favorable, el de la eficacia máxima en razón de la materia o sustancia.

### Reconocimiento internacional de la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje

En el art. II se reconoce la validez internacional de los acuerdos arbitrales —compromiso arbitral y cláusula compromisoria— y la consiguiente obligación de las autoridades judiciales de declinar la competencia sobre la controversia, cuando una de las partes presente la excepción de la existencia de un acuerdo de arbitraje válido.

— *Acuerdo:* el art. II.1 establece que "*cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje*". Se consagra pues, como principio fundamental, la obligatoriedad del reconocimiento de la validez de tales acuerdos. Se les reconoce eficacia extraterritorial de pleno derecho, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el propio Tratado. El texto hace mención al vocablo "acuerdo" y, por la generalidad de la expresión empleada, comprende tanto a la cláusula compromisoria (acuerdo celebrado antes de la aparición de cualquier litigio), como también del compromiso arbitral (que se celebra luego de que el litigio ha nacido).

— *Acuerdo por escrito:* el art. II.1 habla de "acuerdo por escrito" y el II.2 aclara lo que se entiende por tal: "*la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmado por las partes o contenidos en una canje de cartas o telegramas*". Se establece entonces, una doble regla material: a) que el acuerdo sea escrito y b) lo que debe entenderse por tal. La exigencia del escrito se justifica para evitar un litigio relativo a la existencia misma del acuerdo.

— *Firma del acuerdo escrito:* la firma del acuerdo arbitral no es siempre requerida. El art. II.2 establece dos alternativas para el otorgamiento del acuerdo de arbitraje: una de ellas es la redacción de una cláusula compromisoria dentro del contrato principal u otorgar con posterioridad al surgimiento del litigio un acuerdo arbitral (compromiso arbitral); en estos casos debe ser firmado por las partes. La otra alternativa es que el acuerdo escrito esté contenido en un "*canje de cartas o telegramas*" donde las firmas no son necesarias en el segundo caso.

— *No taxatividad de la enumeración:* pensamos que la lista no es exhaustiva, puede aceptarse que el intercambio sea efectuado por cualquier medio de comunicación que exista actualmente o a crearse en el futuro, de modo que permita un canje de documentos entre las partes. Así, es aceptable una letra de crédito, facturas, etc., que contengan la aceptación. La interpretación debe ser amplia.

— *¿La exigencia de un acuerdo escrito debe considerarse una exigencia mínima?:* a nuestro criterio se trata indudablemente de una exigencia mínima irreducible a menores formalidades. El formalismo se encuentra reducido a lo mínimo posible en la norma, de modo que las exigencias formales no riñan con el criterio de la seguridad.

— *Posibilidad de probar el acuerdo escrito por otros medios:* la doctrina está dividida sobre el punto. Para algunos se trata de un requisito *ad aprobationem* que admite la utilización de medios amplios de prueba, salvo los testigos o las presunciones. Sin embargo, dentro de la doctrina francesa hay autores que están en la posición opuesta, ciñéndose a la presentación de dicho acuerdo escrito como único medio de prueba.

### Interpretación progresiva del art. II.2 y realce del art. VII.1 por la CNUDMI

El desarrollo de los medios electrónicos de comunicación ha trastocado la regulación que en la década de los años 50 parecía tan clara. La utilización de estos medios por parte de los operadores del comercio internacional hoy se ha vuelto ineludible. Ante esa realidad, la CNUDMI ha propuesto una interpretación progresiva del art. II.2 en una Recomendación dictada el 7 de julio de 2006 respecto a lo que debe entenderse por "escrito" y a ello ha unido la importancia que tiene el art. VII.1 en cuanto permite acudir a

leyes o Tratados más favorables a la circulación y reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. Debido a que se trata de un documento oficial y a un cierto cambio en la interpretación de ambos artículos, corresponde realizar a continuación, una reproducción íntegra de la referida Recomendación.

*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,*

*Recordando la Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional, concretamente fomentando métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de la Convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del Derecho mercantil internacional;*

*Consciente del hecho que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo;*

*Recordando las sucesivas Resoluciones donde la Asamblea General reafirmó el mandato de la Comisión como órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, para coordinar las actividades jurídicas en este campo; Convencida de que la amplia adopción de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, ha supuesto un logro importante para la promoción de la seguridad jurídica, especialmente en el ámbito del comercio internacional;*

*Recordando que la Conferencia de Plenipotenciarias que preparó y abrió a la firma la Convención aprobó una Resolución que decía, entre otras cosas, que la Conferencia "considera que una mayor uniformidad en las leyes nacionales relativas al arbitraje haría más eficaz el arbitraje como medio de resolución de las controversias de derecho privado";*

*Teniendo en Cuenta las diferentes interpretaciones de los requisitos de forma que establece la Convención y que obedecen en parte a diferencias de expresión entre los cinco textos igualmente auténticos de la Convención;*

*Teniendo en Cuenta el párrafo 1) del art. VII de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las leyes o a los Tratados del país donde la sentencia se invoque, incluidos los casos en que dichas leyes o Tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención, Considerando el extendido uso del comercio electrónico;*

*Teniendo en Cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al art. 7; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales;*

*Teniendo también en cuenta que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecto al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los*

*procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia;*

*Considerando que al interpretar la Convención ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales,*

*1. Recomienda que el párrafo 2) del art. II, de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;*

*2. Recomienda que el párrafo 1) del art. VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o Tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.*

### Ley que determina la validez del acuerdo arbitral

El art. II nada establece acerca de qué ley estatal debe ser la que determine cuándo un convenio de arbitraje es válido, en el sentido de ser apto para producir una sentencia reconocible y ejecutable, pero el art. V.1.a) retoma el problema bajo el enfoque de un acuerdo de arbitraje válido como sustento para obtener una sentencia reconocible y ejecutable. En general, se considera que la regla es idéntica en ambos casos: la ley que rija la validez del acuerdo arbitral será "*la ley a que las partes lo han sometido*" o, a falta de elección, "*la ley del país donde se haya dictado la sentencia*". Pero, de todos modos, deberá respetarse la norma material contenida en el art. II de la Convención.

### Efectos del acuerdo de arbitraje

El art. II.1 y 2 de la Convención hace referencia al reconocimiento de la validez del acuerdo arbitral, en cambio el art. II.3 alude a la eficacia del mismo. Todo acuerdo arbitral tiene una doble eficacia:

- *positiva:* en cuanto ella es idónea par dar lugar al diferimiento al arbitraje de la controversia o del litigio, y

- *negativa:* en cuanto excluye la jurisdicción de los jueces estatales en el tratamiento de la dicha controversia. A este efecto se le llama efecto preclusivo en el sentido de que excluye la jurisdicción de los tribunales estatales. Se consagra en el art. II.3 una presunción de competencia a favor del tribunal arbitral. Nos encontramos ante una norma material o sustantiva de carácter obligatorio realzada por la conjunción imperativa del verbo al expresar que el juez "*remitirá*" a las partes al arbitraje.

Esta norma sustituye las normas nacionales en la materia que se hallen en vigor en los Estados Contratantes. Su finalidad es la de impedir que los jueces ordinarios de los Estados Contratantes conozcan de controversias para cuya dilucidación han decidido las partes sujetarlas a la decisión de los árbitros. Por tanto, la obligación de los jueces conduce a abstenerse de juzgar sobre el fondo del asunto y reenviar su dilucidación a los árbitros.

No se trata de un poder discrecional, de un ejercicio libre de decidir sobre remitir o no a las partes al procedimiento arbitral. La redacción del texto de Nueva York no deja lugar a dudas, la conjugación imperativa del verbo impone una obligación y descarta cualquier ejercicio arbitrario del criterio judicial. Esta obligación es impuesta al juez pero "*a instancia de una de las partes*". Si ninguna de ellas manifiesta su disconformidad con el tratamiento judicial del litigio, se entenderá que existe un consentimiento tácito

de la competencia judicial. Por tanto, las partes pueden renunciar en forma tácita al ejercicio de la excepción.

La Convención se limita a prescribir el comportamiento del juez sin determinar qué sucede con el procedimiento judicial iniciado. Este punto deberá ser decidido por la ley del foro, o sea, la del juez que ha tomado conocimiento del diferendo y a quien se le opone la excepción. No obstante lo dicho, la Convención dispone una incompetencia relativa de los jueces estatales, en virtud de que la misma hace mención de que podrá ejercerse la excepción de compromiso "*a instancia de una de ellas*" (de las partes).

La incompetencia de los magistrados estatales no puede ser de ninguna manera total. No cabe duda que abarcará la totalidad de las cuestiones expresamente comprendidas en el acuerdo de arbitraje. Pero, existen múltiples cuestiones no resueltas por las partes, que pueden hacer necesario la presencia de una "*autoridad de apoyo*", ya sea para la determinación del número de árbitros, como para precisar ciertos aspectos del procedimiento arbitral en el caso de un arbitraje *ad hoc*. Por otro lado, puede haber necesidad de que los jueces tomen ciertas medidas conservatorias o de protección, destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto de litigio, ordenar que se depositen en manos de un tercero o que se vendan cuando son perecederos, etc.

"Remitir" significa dejar a juicio de otro la resolución de algo. Por tanto, el mandato o el carácter imperativo resultante de la Convención, a través del art. II.3, queda satisfecho por la simple abstención del juez a resolver sobre el fondo del asunto. Aún constatando la existencia de una cláusula arbitral válida, el juez no puede obligar a las partes a constituir el tribunal arbitral o a constituirlo él directamente si ellas no lo hacen.

Puede ocurrir que el juez y los árbitros ingresen en una controversia debido a que el primero considera que los litigios —o alguno de entre ellos— no se hallan comprendidos dentro del acuerdo arbitral y, en consecuencia, deberá ser resuelto dentro de la órbita judicial. Pensamos que deberá dejarse a los árbitros la libertad suficiente para decidir si la controversia planteada cabe o no dentro de los términos del convenio arbitral, como igualmente para decidir sobre la validez del acuerdo y sobre resolver acerca de su propia competencia. Un *impasse* de este tipo entre las dos autoridades arriesgaría a que el arbitraje quede bloqueado durante mucho tiempo. El juez tiene siempre asegurada la posibilidad de efectuar un control *a posteriori.*

Excepciones a la obligación. El efecto principal e inmediato de la presentación de la excepción de compromiso por una de las partes consiste en excluir el normal conocimiento del asunto por el juez. Sin embargo, la obligación del juez de reconocer la existencia de la cláusula arbitral cesa cuando constata la falta de idoneidad del acuerdo. El art. II.2 expresa que "*el tribunal (...) remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*".

La Convención no aclara qué debe entenderse por "nulo, ineficaz o inaplicable", por lo que será determinado por cada derecho nacional, lo que le resta posibilidades para una aplicación uniforme del artículo.

- *Nulo:* se trata en general, de aquellos casos donde existe una falta o vicio de consentimiento, como por ejemplo: cuando el mismo se obtuvo mediante falsedad, engaño, fraude, casos de falta de capacidad de las partes, etc.

— *Ineficaz:* significa que el acuerdo no puede producir efectos por algún motivo. Ese motivo puede ser que las partes hayan arribado a una transacción acerca del litigio que los separaba, que la controversia haya sido resuelta por un magistrado estatal sin oposición de las partes o, que la sentencia judicial haya pasado en autoridad de cosa juzgada. Puede ocurrir también, que sea el acuerdo ineficaz por el vencimiento del plazo concedido, o por causa de muerte o incapacidad de los árbitros en los casos donde no se designó suplentes.

— *Inaplicable:* puede acontecer que el convenio de arbitraje no pueda resultar aplicable —es decir, no tener la fuerza de enviar a las partes al arbitraje— cuando se encuentra tan vagamente redactado que no pueda extraerse de él ninguna directiva consecuente con su finalidad.

La doctrina propende a defender una actuación restrictiva del juez en tales casos, basándose en el lema "el juez debe remitir, y el árbitro debe decidir". Y considera que si en definitiva es el árbitro quién debe decidir, ¿para qué está el art. II.3 de la Convención? Para González de Cossío, se trata de una válvula de escape excepcional, que se creó con la finalidad de evitar el absurdo de realizar una remisión al arbitraje cuando es manifiestamente palpable que el acuerdo arbitral no lo justifica. La causal debe ser manifiesta, evidente. No debe quedar duda alguna. Y cualquier duda debe resolverse a favor de la remisión."[214]

## Reconocimiento internacional de la ejecutabilidad del laudo arbitral

Los arts. III a VI de la Convención examinan directamente ciertos requisitos del procedimiento a seguir, necesarios para el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera. El art. III es el primero de los cuatro artículos que concierne al objeto específico de la Convención, posibilitando el funcionamiento de los subsiguientes.

Una vez consignada una declaración del principio —consistente en asumir la obligación internacional de reconocer a las sentencias arbitrales extranjeras— también se determina la obligación sobre la forma o modalidad en que dicho reconocimiento debe tener lugar, estableciendo la prohibición de imponer normas procesales más rigurosas para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

***Primer principio****:* se consagra el reconocimiento obligado que debe proporcionar todo Estado Contratante sobre la ejecutabilidad del laudo arbitral. El art. III.1 comienza así: "*cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes*".

Confirma entonces, la competencia de la *lex fori* en materia procesal. No obstante, se realiza un progreso consistente no en uniformar los procedimientos judiciales nacionales de control de las sentencias arbitrales extranjeras mediante la implantación de una norma material supranacional sino en asimilar las sentencias extranjeras a las nacionales. Por tanto, no cabe duda que queda subsistente un control judicial del arbitraje. Se reconocen los puntos de vista nacionales sobre la forma en que se ejerce ese control,

---

[214] De todos modos no hay uniformidad judicial en los diferentes países: algunos de ellos están ha favor de un examen profundo del acuerdo arbitral, otros han implementado un doble régimen: *prima facie* si la sede arbitral está en el país, y una revisión total cuando no lo sea; en cambio un amplio sector se inclina por un examen restringido. El referido autor considera que existen ciertos pasos que pueden tomarse: que los jueces adopten un estándar de revisión limitado, *prima facie;* que se realice en forma sumaria; que en casos de solicitudes frívolas, temerarias o que busquen únicamente entorpecer el procedimiento arbitral; y que el juez debe ser proclive a realizar condenas en costas judiciales. González de Cossío, Francisco. *Kompetenz-Kompetenz a la mexicana: crónica de una muerte anunciada.* p. 5.

aceptando las diversas variantes del procedimiento de ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, habilitando incluso el juego de la excepción de orden público y la cuestión de la arbitrabilidad del litigio.

***Segundo principio**:* en él se consagra la modalidad o procedimiento a seguir para la ejecución de las sentencias extranjeras, reconociendo la competencia, en el caso, de la *lex fori.* "*Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costos más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales*". Por un lado, se reconoce la vigencia de los procedimientos nacionales de ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras; la Convención no impone ni propone una unificación sobre dicho punto sino que por el contrario, se remite a la legislación de cada Estado, siendo éste el que fijará los procedimientos de reconocimiento y ejecución, quedando comprendidos los recursos contra la sentencia de exequátur. Por otro lado, impone ciertos límites a los particularismos nacionales, impidiendo que se apliquen medidas discriminatorias de cualquier tipo.

## Requisitos a cumplir por quien solicita el exequátur

*1. Presentación del original de la sentencia debidamente autenticada o de una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.* El original de la sentencia debe estar autenticado de forma de probar que proviene del árbitro o del tribunal arbitral. En el caso de no presentarse el laudo, en sustitución se podrá acreditar su existencia con una copia certificada —la que deberá ser íntegra— Conjuntamente con la demanda. La Convención no especifica qué ley rige la autenticación del laudo o certificación de la copia, por lo que puede aplicarse la ley del lugar donde el laudo se dictó o la ley del foro, siempre que algunas de ellas contribuya a su validez.

2. *Original del acuerdo arbitral o una copia certificada.* En este caso basta una certificación sin necesidad de comprobar que el acuerdo es auténtico.

3. *Traducción.* Si la sentencia y/o el acuerdo arbitral no están redactados en un idioma oficial del país donde se solicita su reconocimiento y ejecución, deberán ser traducidos al idioma oficial de ese país o alguno de ellos si son más de uno.

## Causales de denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

Están contenidas en el art. V, el cual constituye el centro neurálgico de la Convención; en última instancia fue el motivo de su creación. Las causales que pueden interponerse contra una sentencia arbitral extranjera, para impedir que produzca efectos extraterritoriales en el país del Estado requerido, pueden ser divididas en dos grandes grupos: aquéllas que puede y debe probar el demandado y que funcionan —por ende— a instancia de parte. Y aquellas que pueden ser interpuestas de oficio por el juez o tribunal competente en el procedimiento de exequátur.

## Motivos de rechazo oponibles a petición del demandado

• *Incapacidad de las partes (literal a):* en realidad la literal a) establece dos causales. Una, relacionada con la capacidad de las partes y la otra, con la validez del acuerdo de arbitraje. La Convención nada dice acerca de cuál es la ley que debe regir la capacidad de las partes. El juez del exequátur deberá consultar entonces a sus normas de derecho internacional privado, para saber si la capacidad de las partes en el acuerdo arbitral se ha de regular por la ley de la nacionalidad, por la de sus domicilios o residencias

habituales o, por la ley del acto. La norma que determinará la ley sustantiva para regular la capacidad de las partes será entonces, la del juez del exequátur y no se podrá recurrir, en este caso, a la ley del arbitraje.

• *Invalidez del acuerdo arbitral (literal a):* el art. V.1.a) prosigue de la siguiente manera: "*o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país donde se haya dictado la sentencia*". No puede negarse que existe un reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad para determinar la ley que debe regir la validez del acuerdo de arbitraje. La cuestión estriba en saber dentro de qué límites puede jugar este principio. Este art. V.1.a) debe ser interpretado de un modo coordinado con el art. II.2 que regula la forma del acuerdo arbitral, el cual deberá respetarse tanto en la etapa del convenio arbitral como en la etapa de ejecución de la sentencia arbitral.

Los límites al ejercicio de esa autonomía de la voluntad estarán dados por aquellos fijados para redactar un acuerdo arbitral escrito. Como criterio subsidiario la Convención reconoce la posibilidad de aplicar la ley de la sede arbitral.

• *Violación del respeto al debido proceso (literal b):* el principio del respeto del debido proceso se encuentra consagrado en la literal b) del art. V. Generalmente el mismo se ubica dentro del concepto de orden público internacional, por lo que surge la pregunta de que si al estar especificado en el art. V.1.b) —causal oponible a solicitud del demandado— quedaría excluido de la posibilidad de ser opuesto de oficio por el juez. Pensamos que ha querido asegurarse el mantenimiento de este principio trascendental a través de dos caminos: ya sea invocado por el demandado u opuesto por el juez por propia iniciativa. En suma, los árbitros no pueden resolver la litis planteada sin previamente haber dado a las partes la posibilidad de presentar sus argumentos. Y las pruebas y argumentos presentados por una de las partes, sobre las cuales los árbitros van a decidir la controversia, deben haber sido comunicados a la otra, de modo que ésta tenga la posibilidad de formarse una opinión e impugnar o rebatir los argumentos y pruebas presentados.

• *Actuación excesiva de los árbitros y laudo parcial (literal c):* el primer caso trata de aquellas situaciones donde los árbitros fallan *extra* o *ultra petita.* En ambas hipótesis hay un fallo más allá de lo convenido por las partes, pero se diferencia en el hecho de que en el fallo *extra petita* el laudo cae totalmente fuera del acuerdo de las partes, en cambio en la sentencia *ultra petita* si bien los árbitros han resueltos algunos aspectos de la litis se han excedido en otros. El laudo arbitral es nulo si falla fuera de lo establecido en el compromiso porque el tribunal arbitral ha actuado sin poder jurisdiccional. "La jurisdicción proviene de la voluntad común de ambas partes. Si no hay esa voluntad original no tiene competencia y entonces, el laudo no existe como tal".[215]

El segundo caso alude a que "*si las disposiciones de la sentencia que se refieran a cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas a arbitraje, podrá darse reconocimiento y ejecución a las primeras*". Se permite, entonces, la separación de la sentencia de aquello sometido por las partes al arbitraje de lo no sometido y el exequátur recaerá sobre lo primero.

En el caso de un laudo *infra petita* los árbitros no han fallado sobre todos los términos de la demanda. Este tipo de laudo, aunque insuficiente, no excede los términos del acuerdo arbitral por lo que no puede negársele el reconocimiento o la ejecución extraterritorial.

---

[215] Aguilar, Fernando. Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales. P. 5.

• *Irregularidad en la constitución del tribunal arbitral o en el procedimiento arbitral (literal d):* la Convención de Nueva York no contiene disposiciones que regulen directamente el procedimiento arbitral. Éste sólo es tomado en cuenta al momento del reconocimiento o de la ejecución del laudo para constatar si el procedimiento de arbitraje que culminó en un laudo siguió determinados principios generales. Tampoco le proporciona una asistencia judicial para evitar su fracaso ante la falta de colaboración de alguna de las partes. Se acepta la autonomía de la voluntad. Su campo abarcaría la elección de la ley que regirá la validez del acuerdo arbitral, la constitución del tribunal arbitral y del procedimiento arbitral y, en forma subsidiaria, faltando el ejercicio de la voluntad de los particulares, se acudirá a la ley del país donde se dictó el laudo. El respeto a la voluntad de las partes es lo prioritario, pero este respeto deberá ceder cuando el pacto celebrado viole normas imperativas de la ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje.[216]

• *Laudo no obligatorio, anulado o suspendido (literal e):*

a) *Laudo no obligatorio:* constituye la última causal que puede utilizar el demandado para impedir el reconocimiento o la ejecución de la sentencia arbitral extranjera. La Convención de Nueva York al exigir la obligatoriedad del laudo para las partes, se aparta de los criterios sustentados en los Acuerdos de Ginebra, en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y en la *Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,* aprobada en la C.I.D.I.P. II en el año 1979.

El texto neoyorquino se inclina por tomar en cuenta un solo efecto jurídico del laudo para que éste sea ejecutable: el de la obligatoriedad entre las partes. Se evita con ello la intervención de cualquier autoridad judicial del lugar de origen del laudo, la que no tiene que otorgarle nada adicional para que el laudo pueda ser ejecutado o reconocido en el extranjero. No sería necesario ningún prerrequisito procesal. La expresión "obligatorio" (*binding*) es independiente de la vías de recursos que puedan interponerse contra el laudo. Por supuesto que “obligatorio” no quiere decir estable. El hecho de que el laudo no sea obligatorio no significa que la impugnación se encuentre excluida. Lo que el juez del Estado requerido debe examinar es que la sentencia exista como tal entre las partes, que vincule a las partes, para que se le pueda reconocer eficacia en su territorio. Pero, aun puede estar pendiente la posibilidad de interponer los recursos extraordinarios en aquellas legislaciones donde opere esta distinción.

b) *Laudo anulado o suspendido:* la Convención de Nueva York no regula la acción de anulación del laudo. Esta acción debe presentarse en el territorio donde el laudo se dictó, para el caso de que el Estado de origen del laudo se adhiera a la concepción territorial y considere al laudo como interno. Cuando la anulación o suspensión del laudo ha sido ya decretada constituye un motivo de rechazo del exequátur a pedido del demandado. Si, por el contrario, la acción de anulación o suspensión se halla en curso, el juez del exequátur no concluirá necesariamente los procedimientos. Si considera que la causal de anulación tiene la envergadura suficiente como para justificar esperar a su solución, así lo hará. Para el caso de que

---

[216] Cantuarias S., Fernando. *Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y del procedimiento.* Perú. El referido autor considera que de acuerdo al art. 95 de la Ley General de Arbitraje de Perú, “la parte que considere que se ha violado algún pacto referido a los árbitros o al procedimiento, también deberá expresar su objeción ante los árbitros, bajo pena de considerarse que ha renunciado a su derecho. De esta manera, ninguna de las partes puede guardarse hechos que configuren irregularidades en la composición del tribunal arbitral o el procedimiento para deducirlos recién ante el Poder Judicial”.

sospeche que el recurso instaurado únicamente busca ocultar una medida obstruccionista o dilatoria, el magistrado podrá exigir que el demandado otorgue seguridades razonables de la seriedad de su proceder, conforme a lo establecido en el art. VI. En resumen, la pendencia de un procedimiento de anulación o de suspensión constituirá un obstáculo al reconocimiento y a la ejecución de la sentencia en otro Estado, pero no un impedimento. El juez del exequátur decidirá discrecionalmente al respecto cuando estudie el caso concreto.

### Motivos de rechazo oponibles de oficio por el juez

a) *Inarbitrabilidad del litigio (literal a):* en tanto los motivos del numeral 1 del art. V, en sus literales a) a e) deben ser interpuestos por el demandado como excepciones en el procedimiento de exequátur, con la finalidad de evitar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera, las dos causales mencionadas en el numeral 2 del mismo artículo corresponde interponerlas de oficio por el juez del exequátur. La arbitrabilidad o no del litigo tiene que ver con su objeto.

Si bien inarbitrabilidad del conflicto puede tener aspectos que rocen o se consustancien con el orden público internacional no puede haber una identidad entre ambos. La excepción de orden público internacional es un mecanismo de defensa del orden jurídico del juez del foro, a utilizar cuando éste encuentre que han sido atacados los principios y concepciones fundamentales sobre los que se basa ese orden y rechazando la solución concreta proporcionada por la norma material o sustantiva designada por su regla de conflicto de leyes. Funciona por ende, ante un caso concreto de agresión a su orden jurídico. La falta de arbitrabilidad en cambio, se establece o configura abstractamente y con un carácter general, definiéndose expresamente sobre qué asuntos habrá que concurrir obligadamente a los jueces estatales en lugar de los arbitrales. La finalidad de la inarbitrabilidad es más bien la afirmación de la competencia de los órganos judiciales del foro para conocer del litigio planteado con un sentido excluyente. Cosa que no sucede con la excepción de orden público internacional.

b) *Excepción de orden público internacional (literal b):* es una mención ya clásica en todas las Convenciones internacionales. Hay excepcionamiento al reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero cuando el orden público lesionado es el orden público internacional. No hay que olvidar que en este caso el orden público está concebido no como una causal de nulidad del laudo arbitral extranjero —que sólo podrá decretarlo el juez de la sede del arbitraje— sino como una causal de no ejecución, de rechazo de la ejecución de ese laudo extranjero. Como acertadamente señala Fernando Aguilar en las Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales, “en derecho internacional privado esto tiene una importancia fundamental porque si un laudo es contrario al orden público en un país, no significa que no pueda ser ejecutable en otro país.”

### Suspensión de la ejecución de la sentencia arbitral

Este punto ya ha sido estudiado al tratarse el art. V.1.e). El juez del Estado requerido no está obligado a aplazar la decisión ni tampoco a ordenar al demandado al suministro de garantías apropiadas, aunque exista un pedido de parte. Todo ello quedará sujeto discrecionalmente a su criterio. El juez del Estado requerido tiene la obligación de controlar la competencia del juez que recibió la acción de anulación o el pedido de suspensión, puesto que el art. VI comienza indicando “*si se ha pedido a la autoridad competente*”. Ello obliga al juez del exequátur a controlar el orden jurídico del juez competente del pedido de anulación.

En caso de suspensión de los procedimientos y el juez opte por exigirle a la parte demandada que proporcione "garantías apropiadas", el magistrado se basará en su *lex fori* para determinar qué modalidades de garantía exigirá y el *quantum* de la misma. El art. VI se refiere a "*aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia*", empero no menciona su reconocimiento. Se trataría de un *lapsus* del convencional que deberá ser cubierto con la interpretación analógica, puesto que si el reconocimiento es acordado, el laudo producirá eficacia en el territorio del Estado requerido.

Como puede apreciarse, la doctrina ha sostenido durante largo tiempo la presencia de un doble control sobre el arbitraje: el que puede presentarse al momento de instaurarse una acción de nulidad contra el laudo y, al momento en que se pida su reconocimiento y ejecución en un Estado extranjero. La presión constante de ciertos medios económicos trasnacionales y un sector de la doctrina que la apoya, son partidarios de aumentar la deslocalización del arbitraje aún más, sustituyendo este doble control por uno único.[217]

O dicho en otras palabras: se propugna la desvalorización la eficacia extraterritorial de la sentencia judicial extranjera que decrete la anulación del laudo arbitral, para ceñirse únicamente al control estatal por los jueces del lugar donde se pida el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral dictado en el extranjero. Sostienen que en los arbitrajes internacionales el lugar del arbitraje es irrelevante por cuanto los litigantes intentan elegir un lugar neutral. El cual, en la mayor parte de los casos, no detenta vínculos serios con el litigio. Es importante tomar en consideración la formulación de una tesis de esta naturaleza debido a que en Uruguay, el Tribunal de Apelaciones consideró que no procedía la acción de nulidad por cuanto dadas las características del litigio el laudo nunca iba a ser ejecutado en nuestro país (Ver el caso en la Sección 7). Igual solución adoptó el Tribunal de Apelaciones de París en el caso Gotaverken.

El art. VI se encuentra redactado de la siguiente manera

> *Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el art. V párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.*

La conjugación del verbo hace facultativo para el juez ante el cual se pide la anulación o la suspensión del laudo arbitral, "aplazar o no la ejecución de la sentencia arbitral". Por tanto, en el texto convencional no se le presenta al juez un obstáculo insalvable y apoyándose en lo explicado, la doctrina que hemos señalado considera que la eficacia de la decisión del juez de la anulación o de la suspensión puede ir rectamente a perder toda relevancia jurídica y, por ende, eficacia extraterritorial. En realidad, realizando una interpretación histórica, lo que en su momento pretendió el legislador convencional fue combatir de alguna manera la chicana de presentar una demanda de nulidad contra el laudo, interpuesta con el único objetivo de demorar su reconocimiento y ejecución en el extranjero. Es por esa razón que, seguidamente faculta al juez del exequátur a exigirle al peticionante de la nulidad del laudo —que es aquel contra quien se pide el reconocimiento o ejecución— a que proporcione "garantías apropiadas" de que su presentación de anulación está basada en motivos serios.

---

[217] Véase una amplia referencia a esta corriente en: Talero Rueda, Santiago. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?* Revista de Derecho Privado. 28. Setiembre. 2002. p. 56 y ss. Nótese que no se propugna la supresión del recurso de anulación o de nulidad, que es otro tema, sino la pérdida de relevancia jurídica a los efectos de propiciar su eficacia extraterritorial. Tampoco está involucrada la cuestión de si el recurso de nulidad o anulación es renunciable o no.

Los partidarios de la deslocalización hacen caudal además, de la redacción de los artículos V y VII:

> *Art. V. 1. Sólo podrá denegarse el reconocimiento y ejecución de la sentencia, a instancia de la parte con la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del país donde se pide el reconocimiento y la ejecución: (…)*
>
> *Art.VII.1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas, de cualquier derecho que pudiera tender a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los Tratados del país donde dicha sentencia se invoque.*

La interpretación deslocalizadora conduce en definitiva, a que la efectividad del proceso arbitral y del laudo respectivo recaiga únicamente sobre las jurisdicciones donde se tramite el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, el cual quedará sometido a este trámite pero no al de anulación, lo cual aumentaría la celeridad en el cumplimiento del laudo. La propuesta que realizan es: "¿para qué sirve este recurso si los demás países aceptan ejecutar un laudo anulado? Se reduce entonces a un recurso que hoy día sólo es un paso más que alarga innecesariamente el procedimiento de ejecución del laudo."[218]

Sin embargo, entendemos con Talero Rueda que hasta el momento en que no se modifique el art. VI, la sede del arbitraje no es únicamente un lugar neutral ya que *toda sede arbitral* genera por ese solo hecho una interacción entre las autoridades arbitrales y las judiciales del lugar de la sede: en cuanto estas últimas pueden actuar como autoridades de apoyo del arbitraje; en cuanto a determinar si el laudo debe ser considerado interno o extranjero; en cuanto a decretar su validez o su nulidad; y en cuanto a determinar los límites imperativos que puedan imponerle al procedimiento arbitral las normas procesales de la sede. Es indudable que el art. VI le confiere discrecionalidad al juez del exequátur del laudo extranjero pero, en principio, la decisión del juez de la anulación debe ser respetada y, especialmente si hay coincidencia de causales entre las legislaciones involucradas y el texto neoyorquino. En este último caso —y si hay coincidencia de causales— entre las legislaciones de los dos Estados —el de la sede y el del lugar donde se pide el reconocimiento y ejecución— el juez del exequátur no debe discrepar con la evaluación de la causal desencadenante de la anulación sino limitarse a respetarla. Talero Rueda agrega interesantes conclusiones: "técnicamente sólo es posible anular un laudo arbitral en la sede del arbitraje. Los tribunales de las demás jurisdicciones sólo pueden llegar a denegar su reconocimiento y ejecución, más no pueden anularlo. Si se elimina el control de los tribunales de la sede del arbitraje sobre la validez del laudo arbitral, entonces el laudo *vive para siempre*, pese a la existencia de eventuales irregularidades procesales ocurridas en el arbitraje. Esta situación es absurda, pero lo es aún más si se tiene en cuenta que la deslocalización produce un fenómeno de *multilocalización*, toda vez que el laudo arbitral puede ser llevado por una de las partes a cuantas jurisdicciones quiera, en busca de los activos de la contraparte. (…) En realidad, cuando el laudo arbitral ha sido anulado por los tribunales de la sede del arbitraje, la regla general apunta hacia la denegación de su reconocimiento y ejecución en otras jurisdicciones, tal como lo establece el art. V.1 e) de la Convención de Nueva York."[219] 19

---

[218] Pérezneto Castro, Leonel y Graham, James A. *¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?* Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. Chile. 2007. p. 606.

[219] Ibídem. De todos modos, no dejan de presentarse algunas cuestiones de difícil solución. Fernando Aguilar considera que "si el tribunal declara nulo a un laudo porque el árbitro no profesó determinada religión, es aceptable en ese país, violará el orden público de ese país, pero no es una razón aceptable para el resto del mundo". Pensamos que para estos casos, la excepción de orden público internacional aplicable por el juez del exequátur puede impedir la nulidad del laudo decretado teniendo en cuenta argumentos de esta índole.

Y podemos agregar: salvo que la causal alegada para decretar la nulidad ataque el orden público internacional del Estado extranjero receptor del laudo arbitral. Estos oportunos argumentos permiten concluir que el doble régimen de control de los laudos arbitrales se mantendrá hasta el momento en que las legislaciones adopten las mismas causales para la nulidad del laudo y, para el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, y estas causales tengan una interpretación uniforme. América Latina está cerca de cumplir ese objetivo.

# Sección 2
# La Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional

El Comité Jurídico Interamericana consideró la idea de celebrar una Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional que no entrara en colisión con un proyecto de Ley Uniforme sobre el mismo tema elaborado en México, y que constituyera a su vez, una variante o un complemento de la misma. Los países americanos no habían considerado participar en la ratificación de las Convenciones de Nueva York de 1958 y en la Europea de 1961 porque prefirieron "conservar un sistema interamericano de arbitraje comercial" en cuanto estimaban al proyecto elaborado en México como de mejor estilo literario y jurídico. Se sostuvo además, que tampoco la Convención de 1961 era aceptable en América debido a que no hacía referencia a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (C.I.A.C.), la cual era considerada como una institución clave para el desarrollo del arbitraje.

La Asamblea General de la O.E.A., en su primer período ordinario de sesiones celebrado en San José de Costa Rica, del 14 al 23 de abril de 1971, dictó una resolución en la 10ª Sesión Plenaria donde se decidió convocar a una Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado. El Consejo Permanente aprobó un proyecto de temario compuesto de 11 temas, correspondiéndole al "Arbitraje Comercial Internacional" el Tema 5. Se resolvió, asimismo, designar como sede de la Conferencia a la ciudad de Panamá y se fijó la fecha para su iniciación el 14 de enero de 1975. En la mencionada Conferencia tomaron intervención todos los países de la O.E.A. con excepción de Barbados, Bolivia y Haití. Finalizó el 20 de enero de 1975 con la aprobación de dos Resoluciones y seis Tratados, entre los que figura el que estamos analizando y titulado *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional*.

Al día de hoy cuenta con un nutrido número de ratificaciones. Ellas son: Colombia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, Uruguay y Venezuela. Ha sido una de las pocas Convenciones ratificada por los Estados Unidos de América y esta posición favorable del país del norte inclinará, sin duda, al resto de los países de la región a tomar idéntica medida.

## Ámbito de aplicación de la Convención

1) ***En el espacio y según la materia***

La Convención ha omitido determinar el ámbito de aplicación de la misma en el espacio. No obstante, recurriendo al examen de su *nomen juris* pueden extraerse los criterios necesarios para delimitar dicho ámbito.

• *Convención Interamericana:* el vocablo "Interamericana" sugiere la idea de que la Convención fue formulada para tener una vigencia regional. Constituiría una condición *sine que non* que, tanto el Estado

donde se dictó el laudo, como aquél donde se intenta ejecutar o reconocer sean americanos, para que la Convención se considere aplicable. Sin embargo, ello no es así en un sentido estricto debido a que si bien el art. 7 establece que

> *La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos*

El art. 9 establece un sistema de Convención abierta en cuanto establece que

> *la presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado (...) y los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.*

De este modo, una Convención que en principio podría tener un alcance exclusivamente interamericano puede transformarse con el transcurso del tiempo en un Acuerdo no sólo hemisférico sino también, mundial. Hasta el momento no ha habido adhesiones de países fuera de del hemisferio, especialmente de España y de Portugal. El otro aspecto a considerar es si un país americano que no sea miembro de la O.E.A. puede adherirse a la Convención. Según nuestra opinión no habría ningún inconveniente para que dicho país pueda adherirse, en cuanto el art. 9 deja expedita dicha vía a cualquier Estado, sea o no integrante de la O.E.A. En suma, el hecho de ingresar o retirarse de la O.E.A. no implica ratificación o caducidad de las Convenciones que dicho organismo auspicia.

• *sobre arbitraje:* en esta parte del título se determina el ámbito de aplicación de la misma en razón de su objeto. La Convención de Panamá no regula —como la Convención de las Naciones Unidas de 1958— el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras sino en forma más amplia, el arbitraje. De esta manera, la Convención de Panamá comprende la regulación del fundamento del arbitraje —o sea, el acuerdo arbitral— el procedimiento arbitral propiamente dicho y, la eficacia extraterritorial del laudo arbitral en cuanto hace referencia a su reconocimiento y ejecución.

Surge la duda de saber cuándo se considera a una sentencia extranjera bajo la Convención de Panamá, en cuanto no existe en la misma un artículo similar al art. I de la Convención neoyorquina, aunque en el art. 5.1.e) se recogió, por vía indirecta, la distinción en ella planteada: sentencia arbitral dictada en un Estado extranjero y sentencia arbitral dictada en el territorio del Estado requerido de una solicitud de exequátur pero que éste no la considera nacional por estar regida por una ley procesal extranjera.

No se requiere ninguna conexión subjetiva de personas sometidas a la jurisdicción de los Estados Contratantes, ya sea por su nacionalidad o su domicilio, ni tampoco una conexión territorial exclusivamente interamericana en cuanto el art. 9 citado admite la posibilidad de su vigencia extra-hemisférica.

No se exige que se dicte el laudo en un Estado Parte ni según la ley de un Estado Parte. En consecuencia, una sentencia arbitral proveniente de cualquier Estado, sea o no ratificante de la Convención de Panamá o adherente a ella, puede ser reconocida o ejecutada en el territorio de un Estado ratificante o adherente a la misma. Convención no es sólo aplicable si ambos Estados —el de origen de la sentencia arbitral y aquél donde se pretende reconocer o ejecutar— son ratificantes del Tratado sino también, si sólo el Estado receptor del laudo extranjero lo ha hecho. Si las partes involucradas en el litigio tienen la misma nacionalidad o están domiciliadas en el mismo país, igualmente es aplicable la Convención, puesto que estos puntos de conexión son irrelevantes.

• *sobre arbitraje comercial internacional:* el título de la Convención culmina indicando el ámbito de aplicación de la misma en razón de la materia. Ella refiere al comercio internacional. No sólo este aspecto se halla preciado en el *nomen juris* sino también en el art. 1 cuando establece que

> *es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil*

Queda un vacío muy importante por llenar, que es el de determinar lo que se entiende por "comercio internacional", tarea en la que la Convención de Panamá se ha mostrado silenciosa. Se puede elegir al respecto un criterio económico, como lo hace el art. 1492 del C.P.C. francés que establece que "*es internacional el arbitraje que involucra los intereses del comercio internacional*", entendido como el conjunto de operaciones económicas internacionales que tienen por objeto la producción de bienes, prestación de servicios y su flujo a través de fronteras. Puede tenerse en cuenta elementos subjetivos o, por el contrario, adoptarse un criterio mixto, debido a que generalmente confluyen la diferente nacionalidad de las partes, de los árbitros o su domicilio y el flujo de bienes y servicios a través de las fronteras. Este vacío deberá llenarse por el orden jurídico del Estado receptor de la sentencia o acuerdo arbitral extranjeros.

2) En razón de las personas

No es relevante ni la nacionalidad ni el domicilio de las partes intervinientes. Éstas pueden ser personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en relación con el Estado receptor. No se hace una mención expresa si las personas de derecho público —como el Estado, los organismos estatales, paraestatales y mixtos— en cuanto realicen actividades comerciales o industriales, estarían incluidas dentro de la Convención de Panamá.

3) En el tiempo

La Convención dispone el momento en que entrará en vigor en el art. 10 que será

> *El trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación*

Esta situación ocurrió el 16 de junio de 1976 debido a que Panamá había efectuado el depósito del respectivo instrumento de ratificación el 17 de diciembre de 1975 y Chile el 17 de mayo de 1976. Y para cada Estado Contratante entrará en vigor

> *El trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión*

En este caso hay que acudir además a las normas constitucionales de cada Estado las que pueden agregar otras exigencias a las de depósito del respectivo instrumento de ratificación, tal como la publicación del texto convencional en un Diario u Hoja Oficial, etc.

¿Puede invocarse la Convención respecto de los acuerdos arbitrales otorgados con anterioridad a la misma, a los procedimientos arbitrales iniciados antes de su entrada en vigencia y a las solicitudes de exequátur en trámite a dicho momento? El texto convencional no tiene ninguna disposición que solucione los problemas inter-temporales que se puedan plantear. Pero, atendiendo a que no todas las normas contenidas en dicho texto tienen un carácter procesal sino que, por el contrario, son de índole sustantiva, no puede darse una solución única sino que es más prudente formarse una opinión luego del estudio del caso concreto que se plantee.

## Reservas

La Convención de la O.E.A. no contiene la posibilidad de que los países ratificantes puedan interponerle reservas. En función de haberse creado entre países hermanados por los mismos lazos hemisféricos y que esas relaciones tienen una extensión muy dilatada en el tiempo como integrantes de la O.E.A., se pensó que era innecesario consagrar el derecho a interponerlas.

## El acuerdo de arbitraje

La Convención de Panamá permite una fragmentación en tres partes de sus disposiciones, para su mejor estudio analítico. La primera corresponde al análisis de las disposiciones relacionadas con el acuerdo arbitral (art.1), la segunda se refiere al procedimiento arbitral propiamente dicho y aspectos colaterales al mismo (arts. 2 y 3), y la tercera y última parte corresponde a la etapa del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral (art. 4 a 6).

En cuanto al primer punto, al igual que la Convención de Nueva York en su art. II, el art. 1 de la Convención de Panamá reconoce la validez internacional del acuerdo de arbitraje. Esta referencia a la validez del acuerdo de arbitraje y, más precisamente, de la cláusula compromisoria, se ha convertido en un verdadero leit motiv de toda Convención, Ley Uniforme, Ley Modelo o disposición nacional que haga referencia al arbitraje.

¿Qué significado tiene la expresión acuerdo? Al referirse la Convención a "*las diferencias que pudieren surgir o hayan surgido*" entre las partes, la Convención está otorgando un reconocimiento a la validez internacional, tanto del compromiso como de la cláusula compromisoria. Pocos artículos de esta breve Convención han sido tan debatidos como este art. 1. Ello se debe, fundamentalmente, a la muy diferente forma de tratamiento que tenía la cláusula compromisoria en las legislaciones americanas. Para algunas era considerada como un *pacto in contrahendo* y pocos países permitían su ejecución directa. Hoy la situación ha cambiado radicalmente. Igualmente se presentaban en la década de los años 70, diferencias de tratamiento en cuanto a los requisitos formales que debían reunir el compromiso y la cláusula compromisoria. En lo que la mayoría de las legislaciones estaba de acuerdo era de que el compromiso arbitral debía redactarse por escrito, aunque esta casi unanimidad cesaba cuando se trataba de determinar la clase de escrito necesaria para otorgar ese compromiso. La misma diversidad de criterios existía en cuanto a su contenido.

La Convención de Panamá corta con esta situación al consagrar como

> *Válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil*

Por tanto, el hecho de haber aceptado la validez del "*acuerdo de las partes*" significa haber consagrado una igualdad de tratamiento tanto de la cláusula compromisoria como del compromiso arbitral, sin ningún tipo de cortapisas ni concesión a legislación nacional alguna.

a) *Requisitos de forma del acuerdo arbitral:* según el art. 1

> *el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex*

Sigue así, muy de cerca, los requisitos exigidos por la Convención de Nueva York con la única variante del agregado del telex, el cual fue un medio de comunicación muy usado por los operadores del comercio internacional. Los medios citados son simplemente citados a título de ejemplo y, por tanto, podrán usarse nuevas formas de comunicación de aquellas referidas en el artículo.

b) *Requisitos sustantivos del acuerdo arbitral:* la Convención no tiene ninguna previsión al respecto. La práctica arbitral internacional sólo exige una sumisión clara al procedimiento arbitral para dirimir los litigios presentes o futuros con relación a una o varias relaciones jurídicas. La norma, en lugar de "relación" utiliza la expresión "negocio". Por tanto, el aspecto sustantivo, tanto del compromiso como de la cláusula arbitral, quedarán sometidos a la decisión de las diferentes legislaciones nacionales del lugar donde se otorgue el documento. Esta situación puede generar problemas en el caso de intercambio de voluntades por medio de cartas, telegramas o comunicaciones por telex o medios similares, debido a la duda de saber el momento en qué dicho acuerdo queda perfeccionado (teorías de la recepción, de la emisión o del conocimiento efectivo).

## Autonomía del acuerdo arbitral

La cláusula compromisoria se diferencia del compromiso arbitral en el sentido de que el último es para resolver los litigios actuales y la cláusula compromisoria los futuros. La cláusula compromisoria se redacta cuando las relaciones entre las partes son aún amigables y los litigios están pensados como algo futuro y eventual. La misma se encuentra distanciada —temporal y materialmente— del contrato principal cuyos eventuales litigios intentará resolver. El distanciamiento temporal puede darse por el hecho de que a pesar de su denominación como "cláusula", no necesariamente tiene que estar incluida como una "cláusula" más en el contrato marco. Puede haber un otorgamiento simultáneo aunque separado, o puede redactarse con posterioridad al otorgamiento del contrato principal, pero eso sí, siempre *antes* de que surja cualquier controversia.

En realidad existen dos actos de voluntades distintos, aún cuando el acuerdo de arbitraje llegue a formar parte del contrato marco. Jerárquicamente el acuerdo tiene preponderancia frente al contrato principal puesto que se trata de un acuerdo acerca de la manera en que deberá apreciarse a este último. Incluso muchos contratos, como los de concesión, no se otorgarían si no existiera esta cláusula minuciosamente redactada.

Puede existir asimismo, un distanciamiento material o formal, porque como se ha expresado, a menudo está redactado dentro del contrato marco pero también puede estarlo en un documento separado y hay ciertas legislaciones, como la alemana, que así lo exigen expresamente.

Esto plantea dos cuestiones: la de la independencia o autonomía del acuerdo arbitral y la de la jerarquización de esta cláusula respecto del contrato cuyas controversias eventuales trata de resolver. La Convención de Panamá al remitirnos al Reglamento de Procedimientos de la C.I.A.C., en ausencia de acuerdo entre las partes, da una solución general al problema. Así el art. 21.2 de dicho Reglamento expresa que

> *A los efectos del art. 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga de la celebración de un arbitraje con arreglo al presente reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria*

Esta conclusión nos lleva a investigar la causa de su independencia. Comúnmente se ha señalado que la cláusula compromisoria es un contrato dentro de otro contrato y Sauser Hall agregaba que tenía una función económica y jurídica distinta. Una distinta función económica debido a que el contrato marco se preocupa, por ejemplo, de las características de la venta, de la cantidad a venderse, de su precio, de la fecha de la entrega, del medio de transporte, de las modalidades CIF o FOB, etc. En cambio la cláusula

compromisoria atiende al litigo que pudiera llegar a surgir, de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento del contrato marco, etc., tienen en cuenta el desacuerdo de voluntades. La cláusula compromisoria aún cuando esté dentro del contrato marco se ubica en el exterior de ese contrato, puesto que su función consiste en regular las diferencias, no el desarrollo normal y previsto del contrato principal. Esta cláusula es una convención que apunta a la manera que debe ser apreciada, interpretada o juzgada otra.

De este modo la cláusula compromisoria tiene una función propia, que hace necesario que sobreviva al contrato al que eventualmente se encuentra agregada. Lo que el Reglamento consagra es que la nulidad del contrato no conduce necesariamente a la nulidad de la cláusula. No obstante, no es una afirmación sin exclusiones: si las partes han establecido expresamente la necesaria dependencia de ambos convenios dicha voluntad ésta debe ser respetada, puesto que el Reglamento actúa con un carácter subsidiario.

Una vez admitida la independencia se abre la puerta a la posibilidad de que ambos convenios sean regidos por leyes diferentes. Dada la diferencia de objetos y de funciones, nada obsta a que exista una dualidad de conexiones. La independencia de la cláusula compromisoria en su naturaleza jurídica lleva a la independencia posible —no siempre necesaria— de las conexiones. Lo cual significa poder elegir una ley diferente de aquella que rija el contrato principal. Sin embargo, existen límites a esta independencia que estarían constituido por el hecho de que la nulidad alegada puede afectar sólo al contrato marco o sólo a la cláusula compromisoria, pero también puede afectar a ambos convenios, como por ejemplo cuando existe un vicio de consentimiento.

## El procedimiento arbitral

### Los árbitros: su nombramiento

Según los integrantes en la Conferencia Interamericana reunida en Panamá en 1975 con la finalidad de aprobar la Convención sobre arbitraje, se deseaba formular una Convención que no se distanciara sobremanera de la Convención de las Naciones Unidas de 1958, referente al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjera. Sin embargo, existen diferencias remarcables entre ambas y una de estas lo constituye el hecho de que la Convención de la O.E.A. no se ciñe exclusivamente al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras reguladas en el art. 5, o al acuerdo arbitral, sino que también regula el procedimiento arbitral en sus arts. 2 a 4.

En este caso, rige plena libertad de las partes en la forma de designación de los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, o del árbitro si se decide que sea único. Las partes podrán efectuar esta designación en forma directa, pero también frente a la eventualidad de desacuerdo o, para evitar la abstención obstaculizadora de una de ellas, podrá delegarse su nombramiento en un tercero, quien podrá ser una persona física o jurídica. La previsión se encuentra en concordancia con el art. 3 subsiguiente que permite someter el arbitraje —en forma expresa o tácita— al Reglamento de Procedimiento de la C.I.A.C., una institución arbitral que funciona desde hace varios decenios en el ámbito regional.

En el continente existió una cierta resistencia a designar extranjeros como árbitros. Hoy esta prevención ha desaparecido y el inciso 2 reconoce que los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros mediante una norma material de índole supranacional que derogaría —a los efectos del arbitraje comercial internacional— las normas de los Estados ratificantes que impongan a los extranjeros restricciones en el ejercicio de la actividad arbitral por el único motivo de su nacionalidad.

En cuanto a las demás cualidades para ser árbitros debe recurrirse a la ley personal para determinar, a vía de ejemplo, su capacidad (criterio de la nacionalidad o del domicilio).

Algunas legislaciones establecen que para el caso de arbitraje de derecho los árbitros deben estar en el ejercicio de la profesión de abogado. El art. 2 no dispone sobre el número de miembros, en caso de que exista un órgano arbitral colegiado, ni tampoco sobre la posibilidad de designación de un árbitro dirimente o *umpire*. Este tipo de árbitro es admitido en algunos países. Al establecerse en el citado artículo que la designación de los árbitros puede delegarse en un tercero, elimina la obligación de la consignación del nombre de los árbitros en el acuerdo de arbitraje.

## Facultad de los árbitros para decidir sobre de su propia competencia

La asunción de competencia por parte de los árbitros se ve demasiado a menudo cuestionada —generalmente de mala fe— por una de las partes, como medio de obstaculizar el arbitraje, lo que plantea la interrogante de ante qué órgano debe resolverse la citada cuestión. El art. 21.1 del Reglamento de la C.I.A.C. determina que

> *El tribunal arbitral estará facultado par decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso de las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado*

Reconocida la competencia de los árbitros par resolver este problema, queda en pie el tema de determinar si la exclusión de la autoridad judicial es definitiva o, si existen circunstancias que pueden ameritar su intervención. Al respecto podemos apreciar que la intervención de un tribunal judicial puede darse en tres momentos:

a) *antes de constituido el tribunal arbitral*: en este caso no habrá obstáculo para obtener una decisión judicial, si hubiere motivos fundados para ello;

b) *durante el procedimiento arbitral*: la intervención de los jueces no debe ser admitida, la parte que ataca la autoridad de los árbitros no siempre lo hace de buena fe ya que busca entorpecer el arbitraje ganando tiempo; o

c) *cuando el arbitraje se plantea en un procedimiento judicial:* En este caso, ¿hasta qué punto el juez está constreñido para remitir a las partes al arbitraje? La Convención de Panamá no es tan enfática como el art. II.3 de la de Nueva York.

d) *cuando el arbitraje ha terminado*: el Reglamento de Procedimiento de la C.I.A.C. no aclara el punto de si la decisión del tribunal es definitiva o, si es susceptible de ser revisada por los jueces estatales, pero se piensa que existe siempre un poder de control posterior a cargo de los jueces estatales. En cuanto a saber cuál es el juez competente, sería lógico suponer que tratándose de una cuestión de índole procesal el juez competente debería ser aquél cuya ley se aplica al procedimiento arbitral. Pero el art. 3 de la Convención de Panamá establece que el procedimiento queda sujeto a la autonomía de la voluntad de los particulares, los que pueden abstenerse de una regulación legal del procedimiento arbitral. En este caso resulta imposible determinar una ley estatal aplicable y un juez competente para resolver este delicado problema. Ante esta situación lo más atinado sería considerar que el juez competente para tratar la competencia de los árbitros sea el juez del exequátur.

## Reconocimiento de la autonomía de la voluntad para determinar el procedimiento arbitral

El art. 3 de la Convención establece en forma clara y sencilla que "*a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial*". Esta solución constituye el primer caso de incorporación como *jus dispositivum* en un Tratado internacional, de reglas de una institución permanente de arbitraje de índole privada.

El texto recoge las aspiraciones de la C.I.A.C. ya que en su proyecto, presentado a través de México, no hace mención alguna a la "ley" del arbitraje. Es importante al respecto la declaración del delegado de los E. U. de A. de que no se deseó mantener en modo alguno a la ley del lugar del arbitraje puesto que si se mantenía en el texto de la Convención se podría producir un conflicto de principios entre las leyes estatales y las reglas de Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y ello no sería deseable.

El enfoque básico que tomó en cuenta el Comité Jurídico Interamericano fue resolver las diferencias de acuerdo a la buena conciencia, por lo que el arbitraje no debe estar necesariamente encuadrado dentro de los márgenes de la ley de un país.

Sin embargo, la solución no deja de provocar diversos problemas. Uno de ellos es que la Convención omitió hacer referencia al Reglamento de la C.I.A.C con una fecha precisa y el citado organismo ha actualizado sus disposiciones en más de una oportunidad. De acuerdo a la redacción dada por la Convención, los Estados Parte se encuentran obligados por todos los nuevos textos reglamentarios sin que éstos hubieren intervenido en su redacción. Es por esta razón que los E. U. de A. formuló una reserva al ratificar, donde se consignó que cada vez que el Reglamento de Procedimiento sea innovado deberá contar con la aprobación de dicho país.

## ¿La Convención de Panamá faculta a las partes a elegir el derecho de fondo?

Esta Convención realizó una toma de posición a favor de la naturaleza contractual del arbitraje en el art. 3. La redacción de este artículo consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y una tendencia hacia un arbitraje progresivamente desprendido del control estatal. No obstante, el texto no hace una referencia expresa a la posibilidad de las partes de elegir el derecho de fondo. Para encontrar una respuesta cuando no existe un pacto entre las partes debemos preguntarnos qué es lo remitido y a qué se remite. El art. 3 establece que los remitido es "*el arbitraje*", o sea, la institución arbitral y no sólo sus aspectos procesales. Y toda la institución arbitral resulta remitida al Reglamento de Procedimiento de la C.I.A.C. En consecuencia —y en ausencia de un texto convencional expreso— si la elección es efectuada por las partes los árbitros aplicarán la ley que ellas "*hayan indicado como aplicables al fondo del litigio*".

En apariencia el ejercicio de la voluntad de los particulares no encuentra restricciones ni limitaciones de ningún tipo y la ley elegida no necesariamente tiene que estar conectada o vinculada con el caso a regir. Pero la Convención —como sucede a menudo con los textos convencionales supranacionales— debe conciliar puntos de vista opuestos, efectuando una transacción. Y en ese sentido es sabido que el art. 5 de la Convención proviene de una copia *verbatim* del art. V de la Convención de Nueva York de 1958, que ha sido el producto de una filosofía totalmente distinta. En esta última, los Estados que participaron en la Conferencia convocada por las Naciones Unidas no reconocieron la existencia de un arbitraje desprendido de todo orden jurídico nacional. Con la incorporación de este artículo a la Convención de la O.E.A. se plantean dos enfoques totalmente opuestos acerca del arbitraje en un mismo documento. Habría que

recurrir para el caso, a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, donde se reconoce en su art. 32 el efecto útil de los Tratados, bajo la forma de una exclusión de interpretaciones que conduzca a un resultado manifiestamente absurdo e irracional.

Por tanto, en el estado actual de la evolución jurídica, ciertos problemas específicos del arbitraje pueden verse mejorados y se pueden llegar a concederle a la autonomía de la voluntad de los particulares un radio mayor de acción. Pero el paso definitivo hacia un arbitraje totalmente desprendido de los órdenes jurídicos nacionales sólo se dará en el momento en tal tipo de jurisdicción internacional de derecho privado pueda ser instituido en el ámbito mundial, regional o sub-regional. Hasta que no ingresemos a esa etapa no podrá haber un arbitraje totalmente a-nacional y los órdenes jurídicos nacionales —a través de sus jueces— continuarán rechazando los arbitrajes, ya sea por medio del procedimiento de anulación cuando lo considere como nacional o, rechazando su eficacia extraterritorial denegándole el exequátur cuando la considere extranjera.

## Método para determinar la regla de conflicto aplicable

Las partes tienen el derecho de elegir en forma directa la ley aplicable al fondo de la relación litigiosa. Por supuesto que, aunque altamente improbable, ellas pueden elegir una norma de conflicto de leyes. Pero cuando ese acuerdo no existe, la tarea de obtener la norma de fondo se traslada a los árbitros.

El art. 33.1 del Reglamento de la C.I.A.C. dispone que

> *Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*

El árbitro internacional no se encuentra en la misma situación que la de un juez estatal. El primero al elegir un sistema de conflicto y desechar otros seguramente lo hará a través de los resultados a que conduce dicho sistema. Parecería más lógico que en lugar de examinar el resultado a que lleva la norma formal sería más simple y sencillo ir a la búsqueda directa de un derecho material adaptado para aplicarlo al caso. La falta de foro en el caso de los árbitros lleva a una libertad de conexiones, lo cual permite que los árbitros realicen una suerte de síntesis entre los diferentes sistemas jurídicos involucrados de modo de no actuar frontalmente contra ninguno. En la práctica los árbitros normalmente realizan lo que en doctrina se denomina “la aplicación acumulativa de los sistemas de conflicto de leyes (estatales) interesadas en el litigio”, recurriendo para ello al derecho comparado. En cierto modo ello oculta su verdadera actuación que es la de una labor auténticamente creadora. La norma de conflicto estatal tiene carácter supletorio pudiendo ser descartada y forjar su propio sistema de conflicto de leyes. En conclusión, la regla formal puede no ser estatal, pero de acuerdo a lo establecido en el art. 33.1 del Reglamento de Procedimientos de la C.I.A.C, la norma material designada debe ser una ley estatal.

Además, el citado art. 33 en el numeral 3 prescribe que

> *en todos los casos (...) (se) tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*

Por tanto, el respeto de los usos mercantiles no admite excepciones de ninguna clase, pues el Reglamento estipula que se tendrán en cuenta “en todo caso”. Esta referencia indica el conjunto de manifestaciones consuetudinarias, sin excluir a la costumbre.

Se ha dicho que son normas neutras por ser un producto social y no estatal, pudiendo por ese motivo, ser aceptados por todos. La expresión “se tendrán en cuenta” sugiere su utilización a un título auxiliar o complementario, por lo que deberán aplicarse con flexibilidad.

## Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero

El art. 4 consagra un primer principio, que es el del reconocimiento de la ejecutabilidad del laudo arbitral. Los Estados Parte de esta Convención asumen la obligación internacional de reconocer a las sentencias arbitrales extranjeras. No obstante, no existirá igualdad de tratamiento en todos los países del área respecto a una misma sentencia arbitral en virtud de que serán impugnables "según la ley o reglas procesales aplicables". La última parte de la oración sirve para avalar la posición de aquellos que sostienen que el laudo puede haberse dictado siguiendo una ley nacional o un Reglamento de Arbitraje.

El segundo principio planteado por el art. 4 es el de consagrar un tratamiento igualitario de la sentencia arbitral extranjera con la nacional. De este modo, el juez del Estado ante quien se solicita el exequátur del laudo arbitral extranjero estará facultado para aplicar las normas de su propio orden jurídico en la ejecución del laudo, puesto que la Convención de Panamá no establece, en forma directa, ningún procedimiento de ejecución.

## Causales de rechazo del laudo arbitral extranjero

La determinación de las causales de nulidad del laudo llevó gran parte del tiempo destinado a la aprobación de la presente Convención. La situación fue superada con una iniciativa de la delegación de Ecuador de incorporar el art. V de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, lo que fue aceptado ampliamente en el seno de la Conferencia y pasó así, a ser el art. 5 de la Convención Interamericana. Como el art. VI siguiente era un complemento del art. V también su texto fue incorporado, esta vez como art. 6, a la Convención de Panamá.

La solución correcta y definitiva, a nuestro juicio, hubiera estado en determinar como causales de nulidad del laudo las mismas causales que son necesarias para rechazar la solicitud de exequátur, como forma de que el juez que decida la primera de las cuestiones planteadas se coloque en un nivel distinto del habitual, para la solución de las cuestiones internacionales. Ello no fue así, posibilitando un acción irrestricta de los funcionarios judiciales en el examen de los laudos arbitrales, al momento de interponerse una acción de nulidad. En cuanto al examen de las causales del art. 5 nos remitimos a los comentarios que hemos realizado respecto del art. V de la Convención de Nueva York.

# PARTE 6

# ACTOS Y CONTRATOS

La vida humana es actividad. El hombre se hace a sí mismo y en ese hacerse realiza u celebra numerosos actos y contratos que son considerados relevantes por el Derecho y, por tanto, son regulados por él. Aún sin moverse de su hogar, los seres humanos se hallan ya definitivamente atados por un sin número de contratos: suministro de luz, de agua corriente, de gas, de asistencia médica, etc. Los que a nosotros nos interesan son aquellos actos y contratos que despliegan su eficacia en el espacio internacional, ya sea porque se celebran o se ejecutan en Estados diferentes, porque la nacionalidad o el domicilio de los intervinientes es distinta, por el objeto del contrato es intrínsecamente internacional, etc. Por tanto, atender la regulación que se le pueda ofrecer en ese espacio que transcurre más allá de las fronteras de los Estados, es una cuestión de primer orden para un operador jurídico. En los Capítulos precedentes se han podido relevar algunas cuestiones y aportar algunas respuestas jurídicas. En esta última Parte nos abocaremos a examinar en el Capítulo 19 el ejercicio de la autonomía de la voluntad –elemento indispensable en el comercio internacional en cuanto le aporta pujanza- considerado el mecanismo más adecuado para obtener la aplicación de un Derecho adecuado a la relación privada internacional.

En nuestra región, los contratos internacionales han sido regulados desde fines del s. XIX en Tratados multilaterales, comenzando siempre por los Tratados de Montevideo del año 1889, seguido por el Código Bustamante de 1928, continuado con los Tratados de Montevideo de 1940 y finalizando, con la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994, una Convención que tiene una doble virtud: remueve las dudas existentes respecto al ejercicio de la autonomía de la voluntad en el campo contractual e inserta a todos los partícipes de la sociedad civil internacional.

El Capítulo 20 siguiente ingresa al estudio del poder de representación, hoy día una herramienta indispensable para actuar jurídicamente sin necesidad de estar en persona. Su regulación central en la región se encuentra en la Convención Interamericana sobre los poderes provenientes del extranjero, que da una respuesta por demás adecuada a los obstáculos que puede presentarse cuando se quieren redactar estos poderes. Le sigue la situación jurídica actual en Uruguay, que ha desplazado a una doctrina notarial uniforme volviendo más laxa la eficacia en nuestro país.

Y en el último Capítulo –que lleva el número 21- analiza las personas morales, comerciales o no. También esta herramienta jurídica constituye un aporte indispensable para actuar a nivel mundial, hoy diríamos en el espacio global. Nadie quiere comprometer su patrimonio en su totalidad, nadie quiere asumir una responsabilidad ilimitada, el mejor modo de sortear estos inconvenientes consiste en constituir personas morales. Por tal motivo, las personas morales resultan una pieza indispensable en el concierto de las relaciones privadas internacionales.

# CAPÍTULO 19

# LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

## Sección 1
## La autonomía de la voluntad

El ejercicio de la autonomía de la voluntad constituye un elemento central en la regulación de los contratos internacionales. Debe considerarse esta autonomía de la voluntad en un doble sentido.

En primer lugar, aquella que se define como "autonomía negocial", o sea la posibilidad de que las partes elijan el tipo de contrato que desean otorgar, y sus elementos componentes: el objeto, el precio, el plazo para su integración, los intereses de mora y compensatorios, los lugares de pago y de entrega de la cosa, etc. Esta autonomía existe y ha existido dentro del derecho internacional privado sin que haya sido cuestionada, salvo en algunos aspectos puntuales por razones de interés general.

En segundo término, tenemos lo que se denomina la "autonomía conflictual": dentro de un enfoque conflictualista se parte de la visión de que la relación privada contractual internacional está conectada a varios ordenamientos jurídicos y que es necesario elegir a uno de ellos para regirla, tarea que puede serle conferida a los propios contratantes. Consideramos que esta autonomía en la elección de la ley aplicable –también extensiva a la libertad que tienen las partes de seleccionar el juez competente- puede y debe estar en manos de los propios interesados. Sin embargo, en la escuela uruguaya de derecho internacional privado, adoptando una posición totalitaria, se desconoció esta posibilidad, sustrayéndole el ejercicio de esta libertad a los contratantes para adjudicársela el ordenamiento jurídico uruguayo, por sí y ante sí, argumentando que con ello se satisfacía el interés general. He aquí entonces, el fondo de la controversia ¿pueden los particulares o no, seleccionar la ley aplicable y el juez competente para resolver las controversias eventuales y futuras que puedan nacer de su contrato celebrado?

La primera regulación sistematizada en sede de contratos internacionales fueron los Tratados de Montevideo de 1889, especialmente el Tratado de Derecho Civil Internacional, en los arts. 32 a 39. Dentro de ese articulado el investigador no podrá encontrar ninguna norma proscriptora del ejercicio de la autonomía de la voluntad, sentando en cambio un principio general: los contratos y demás actos jurídicos se regulan por la ley del lugar de su ejecución. Sin embargo, partiendo de la discusión previa a la aprobación de los Tratados, cabe colegir que la proscripción existía y que se consideraba natural de acuerdo a las ideas de la época. ¿Por qué razón? Porque el derecho internacional privado era considerado como un derecho que resolvía un conflicto de soberanías, que chocaban entre sí para la regulación de la relación contractual internacional, y que está regulación debía concederse a la legislación del país más afectado por esa relación, o sea a la ley del Estado donde el contrato se ejecutaba.

Continuando sobre el plano convencional, al Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 le siguió otro, 50 años después, en 1940, donde la situación cambia. Si bien en apariencia, y en sus aspectos medulares, la situación nada había cambiado, si analizamos el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, podremos observar que éste contiene un artículo, el quinto, que señala lo siguiente: la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley".

La primera parte de la oración luce claramente proscriptora: no es posible que los sujetos contratantes pueden elegir ni la ley aplicable, ni el magistrado competente en sus negocios internacionales. Pero la segunda parte de la misma alienta una postura diferente: "salvo" dice, lo cual está indicando una excepción, una exclusión, una reserva al principio general planteado con anterioridad. ¿Salvo qué cosa? Salvo que la ley designada por la regla del conflicto del Tratado –a la que hay que hacer funcionar obligatoriamente para determinar la ley aplicable- permita el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual. O dicho en otros términos: salvo que la ley aplicable habilite a las partes a seleccionar juez y ley.

Esa libertad no necesariamente será total y absoluta, desarraigada del contexto social, jurídico y político, sino que la libertad de las partes viene determinada por la propia ley competente. No de otra manera puede interpretarse el art. 5: "salvo *en la medida* que lo autorice dicha ley". La ley aplicable según el mecanismo conflictual instaurado por el Tratado de 1940 –la del lugar de ejecución del contrato- será la que fije la medida de esta libertad: podrá negarla tajantemente como es el caso del ordenamiento jurídico uruguayo, podrá habilitarla para la elección de la ley o del juez, o para la elección de la ley y del juez, podrá admitirla sin trabas y sin criterios localizadores o fiscalizadores, o éstos serán implantados para permitir una elección "correcta" a juicio de la ley competente. Bajo las normas de los Tratados de Montevideo de 1940 entonces, la libertad conflictual sobre el plano contractual es admitida, y la decisión que adopte la ley competente sobre la admisión o la proscripción del ejercicio de esa autonomía tendrá efectos extraterritoriales.

Sin embargo, esta no fue la solución adoptada por nuestro país para regular los contratos internacionales en aquellos casos –los más- donde no había un Tratado o Convención. El art. 2403 del Código Civil consigna que "las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente". Una primera parte exactamente igual al art. 5 del Protocolo Adicional al Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, y una segunda parte totalmente diferente, aun cuando una lectura ligera pueda hacer pensar que nada ha cambiado. Volvemos a preguntar: ¿qué es lo prohibido y qué es lo permitido? De acuerdo al autor del proyecto –el Profesor Álvaro Vargas Guillemette- la autonomía de la conflictual está prohibida, basada precisamente en esa concepción de que el derecho internacional privado tiene por cometido resolver un conflicto de soberanías y que los simples particulares no tienen por naturaleza la facultad de resolver ese conflicto, y que lo único habilitado es la autonomía negocial. Todo lo demás lo resuelve el Estado uruguayo, quien determinará cuál es la ley aplicable al contrato internacional y ante qué magistrados habrá que acudir en caso de surjan controversias entre las partes.

Mucho se ha hablado en la doctrina acerca de esta postura proscriptora. Para los anti-autonomistas es una solución correcta, no sólo por una postura doctrinaria acerca de cuál es el objeto y el método propio del derecho internacional privado, muy afín a una concepción publicista del fenómeno iusinternacionalprivatista, sino también porque se consideraba que de esta manera se privilegia la satisfacción del interés general antes que el interés egoísta de los individuos, sólo enfocados a la satisfacción de su propio provecho económico (Quintín Alfonsín), o debido a la calidad de país subdesarrollado de Uruguay, que lo ubicaba en una posición desfavorable para pactar ley aplicable y juez

competente ante los poderosos capitalistas de los países altamente desarrollados, ante lo cual sólo cabía que el Estado uruguayo resolviera directamente esos dos temas (Fresnedo).

No cabe duda alguna, que una proscripción tan general como absoluta, colocaba a Uruguay en una situación excéntrica: fuera de lo que predominaba en el mundo de los negocios internacionales, dentro del cual o se admitía el ejercicio de la autonomía siempre que se siguieran determinadas pautas o directivas; o en una perspectiva más moderna, sin ninguna clase de límites. Prestigiosos autores de nuestra escuela intentaron buscar alguna forma de esquivar una proscripción tan severa, argumentando que en realidad, dicha proscripción operaba únicamente para las categorías elencadas en el apéndice del Código Civil, pero no para las no reguladas, especialmente aquellas de naturaleza comercial (Vivien Matteo); o insinuaban un rasgo de inconstitucionalidad del art. 2403 al chocar contra el derecho humano fundamental a la libertad de las personas (Talice).

Sin perjuicio de que sobre el propio plano convencional el mencionado criterio proscriptor había comenzado a erosionarse al ratificarse la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1975, además de la muy importante Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (Santos Belandro), lo cual le quitaba legitimidad a la universalidad del principio, tal como lo había pensado su hacedor, el Profesor Vargas. Hoy por hoy, entonces, el principio que castiga la elección del juez o de la ley aplicable por los contratantes sigue vigente, por los menos para las categorías citadas en el apéndice del Código Civil. Pero se le ha quitado mucha sustancia a la fuerza de ese principio, en la medida que nada menos que los contratos de compraventa internacional escapan a través de la ratificación de la Convención de Viena a la proscripción deseada, teniendo además en consideración la gran cantidad de ratificaciones con que cuenta.

## Sección 2
## Los contratos internacionales

### Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y el Código Civil

En nuestro ordenamiento jurídico los contratos internacionales en general, cuentan con una única regulación jurídica: la emanada de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940 y la del Código Civil, que en realidad no da una solución conflictual directa sino que reenvía su regulación a lo dispuesto en el Tratado de 1889. Existen varias premisas que emanan de estos cuerpos normativos:

- en primer lugar, el Derecho objetivo le reconoce a las partes la libertad de contratar o de conformar el negocio, aunque no la de elegir la ley aplicable o el magistrado competente, salvo en el caso de que se apliquen los Tratados de Montevideo de 1940, rigiendo en tal caso, el art. 5;
- en segundo lugar, el contrato debe ser considerado como una unidad, al cual le es aplicable una sola ley a todas las obligaciones emergentes del mismo;
- todo contrato debe tener un lugar de ejecución, el cual será determinado “jurídicamente” por el Tratado, sin detenerse a constatar si éste es el lugar real de su ejecución;
- ese lugar de ejecución se determinará al momento de la celebración del contrato y luego no podrá cambiar a lo largo de la vida contractual, lo cual asegura la inalterabilidad de la ley aplicable;

- en principio, rige el criterio del paralelismo, o sea que una vez determinada como ley aplicable la de un Estado, el magistrado competente para resolver los litigios que surjan como consecuencia de la ejecución del contrato, será el que forme parte del ordenamiento jurídico de la ley aplicable.

Si observamos detenidamente el articulado de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, veremos que no se inclina ni por la regulación de determinados tipos contractuales (salvo el de 1889 que en su art. 35 regula al contrato de permuta), ni por regular a los contratos de una forma genérica, sino que adopta una posición intermedia: divide a los contratos en aquellos que versen sobre cosa cierta y determinada, los que recaigan sobre cosas fungibles o de género, y los que versen sobre prestación se servicios.

En el primer caso –cosas ciertas y determinadas- se aplicará la ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato al tiempo de la celebración. La prestación característica del contrato es aquella que le da un perfil determinado, que permite ver en ella las características de una compraventa (porque se entrega en propiedad), o un arrendamiento (por que se entrega para su uso), o un usufructo, o una hipoteca. Nunca es la obligación de pagar una suma de dinero, porque esta prestación no permite distinguir a los contratos onerosos entre sí.

En el segundo y en el tercer caso –contratos que versen sobre cosas fungibles o genéricas- se tomará en consideración la ley del Estado donde se domicilia el deudor de la prestación característica del contrato.

Y si nos hallamos ante un contrato de prestación de servicios, el legislador desglosa varias soluciones: si recaen sobre cosas, por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración; si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la ley de ese lugar; y fuera de estos casos, por la ley del Estado donde se domicilia el deudor de la prestación contractual característica al momento de la celebración del contrato.

¿Qué ocurre en las hipótesis donde no existe Tratado o Convención? Debemos recurrir a las normas nacionales de derecho internacional privado contenidas en la parte final del Código Civil. El art. 2399 consigna en forma expresa que “los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los arts. 34 a 38 inclusive, del Tratado de Derecho Civil de 1889”, o sea que no perturba la regulación de los Tratados, entrando por tanto, dentro de la regulación general por ellos instaurada.

## Las formas que deben revestir los contratos internacionales

En cuanto a las formas de que deben revestirse los contratos internacionales, debemos acudir a los artículos 32 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y art. 36 del homónimo del año 1940, y las soluciones fuera de todo Tratado son las mismas de las del art. 32 del Tratado citado en primer lugar, por la remisión efectuada por el art. 2399 del Código Civil. Por tanto, la ley del lugar de ejecución o cumplimiento del contrato decidirá si debe otorgarse en escritura pública o en documento privado, con o sin certificación notarial de firmas, y si debe ser escrito o puede ser pactado oralmente. En cuanto a las formas del instrumento, éstas se rigen por la ley del lugar de celebración, lo cual quiere decir que una vez que la ley del lugar de ejecución prescribe la formalidad de la escritura pública, las formalidades propias de la escritura serán las prevalecientes en el lugar del otorgamiento. El art. 36 del Tratado de 1940,

establece que en cuanto a las formas publicitarias, se regularán con un criterio territorial, la ley de cada Estado donde quiera hacerse valer el contrato determinará si debe ser registrado o no.

¿Qué ocurrirá en el caso de que las partes no hubieren seleccionado el Derecho aplicable a su contrato? El art. 9 da solución a esta situación: la elección del Derecho aplicable le corresponderá al magistrado actuante, el cual "tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales". De todos modos, habrá de tenerse en cuenta, al influjo del art. 10, "las normas y 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".

## La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales

Merece un análisis aparte la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Por un lado, debido a que aún no ha sido ratificada por Uruguay, y por el otro, en base a que sus soluciones difieren radicalmente con los presupuestos subyacentes en las soluciones propias de nuestro Derecho positivo.

- A través de esta Convención se les reconoce a los otorgantes la facultad de elegir el Derecho aplicable a su contrato internacional, sin imponerles ninguna clase de limitación en cuanto a que sea un Derecho conectado con el contrato, la Convención habilita a las partes a elegir cualquier Derecho.
- Este Derecho puede ser el de un Estado Parte como uno no ratificante de la Convención, y puede ser un Derecho estatal como extraestatal, o sea lo que vulgarmente se denomina la *lex mercatoria*.
- Puede convenirse que el Derecho seleccionado se aplique a todo el contrato o a una parte del mismo, y permite la elección de un Derecho distinto para cada parte del contrato.
- La elección del o de los Derechos puede llevarse a cabo en cualquier momento: al otorgamiento del contrato o con posterioridad, y los contratantes están facultados además, para cambiar la elección realizada cuantas veces lo deseen, siempre que no afecte los derechos de los terceros ni la validez del contrato.
- Los únicos límites a la libertad contractual radican en la aplicación de la excepción de orden público internacional, y en la presencia de normas rigurosamente imperativas o normas de aplicación inmediata en el foro del magistrado actuante, o en algún ordenamiento que guarde vínculos estrechos, pero en este último caso la aplicación de estas normas rigurosamente imperativas quedará a discreción del juez actuante.

Se percibe en esta Convención entonces, la atención hacia el individuo concreto, reconociéndole sus necesidades y el respeto de sus intereses comerciales; se reconoce igualmente la presencia de una sociedad extraestatal, ajena a los Estados, la *societas mercatorum* generadora de normas sustantivas extranacionales que componen lo que se llama la *lex mercatoria;* y por último, los intereses de los propios Estados como representantes del interés, quienes pueden hacerlos prevalecer ya sea a través del juego de la excepción de orden público internacional o de la actuación de las normas rigurosamente imperativas que puedan tener al respecto.

## Las formalidades contractuales en la Convención Interamericana

En cuanto a las formas contractuales, el art. 13 plantea una regla de conflicto de naturaleza optativa o alternativa, dotada con una clara orientación sustantiva. Si el contrato se celebra entre partes que se hallen el mismo Estado se respetarán las formas del Derecho del Estado pactado por las partes o en su defecto el determinado por el magistrado, o por la ley del lugar de celebración o el de ejecución, aquel que fuere más favorable. Para la hipótesis de que las partes se encuentren en Estados diferentes al momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuento a la forma si cumple con los requisitos de alguna de estas soluciones: el Derecho elegido por las partes o en su defecto determinado por el juez, o de acuerdo con alguna de las leyes de los Estados en que se prestó el consentimiento, o con la ley del lugar de su ejecución.

Como balance general podemos concluir que se trata de una Convención que introduce una nueva concepción del derecho internacional privado, que acepta el pluralismo metodológico, y que al tomar en cuenta a los operadores y organismos que actúan sobre el plano internacional significa un acercamiento a la realidad digno de destacar. Quizás hubiera sido necesario ajustar algunas premisas: qué se entienden por “normas imperativas” y la determinación de que éstas no pueden chocar con los principios fundamentales de la comunidad internacional; la intervención de la *lex mercatoria* y ante qué casos debe cesar su intervención, sobre todo el espinoso problema del conflicto entre las normas estatales y las extra estatales. De todos modos, significa un avance no desdeñable digno de subrayar.

# CAPÍTULO 20

# EL PODER DE REPRESENTACIÓN PROVENIENTE DEL EXTRANJERO

## Líneas generales. Seguridad y certeza

Como todos sabemos, el cometido principal del derecho internacional privado es el de asegurar la circulación de las relaciones jurídicas entre los particulares más allá de las fronteras de los Estados; favorecer –en la medida de lo posible- lo que comúnmente se denomina tráfico jurídico externo. Dentro de ese tráfico jurídico tiene una especial relevancia la figura de los poderes otorgados en el extranjero, que evita el perjuicio de tener que comparecer en forma directa -judicial o extrajudicialmente- para la realización o el otorgamiento de determinados actos y contratos en otro país. Habilita a una persona a actuar simultáneamente en lugares distintos o, a utilizar la habilidad o conocimientos ajenos para la concertación de los negocios privados, etc.

Desde un punto de vista notarial, la utilización de estos poderes requiere de normas jurídicas que contemplen dos postulados: la seguridad y la certeza. Saber por anticipado cuál será el Derecho aplicable a esos poderes que le conceda eficacia extraterritorial: si éste ha de ser un Derecho nacional o, por el contrario, si surgirá de normas provenientes de un Tratado o de una Convención.

Y, en segundo lugar, cuáles serán los requisitos de forma y de fondo que deben reunir estos poderes otorgados en el extranjero para que produzcan esos efectos extraterritoriales. El o los Derechos aplicables a seleccionar, tendrán que resolver: los problemas de la capacidad, de la forma, de la validez intrínseca, las cuestiones referidas a todo documento preveniente del extranjero en relación con las legalizaciones, certificaciones, traducciones e inscripciones registrales. Y también, otros problemas más generales como el de la calificación de los poderes, la aplicación del Derecho extranjero, el recurso a la excepción de orden público internacional o a las normas de aplicación inmediata.

El Notariado de origen latino se ha ocupado desde hace mucho tiempo de este tema. Es así que el *II Congreso Internacional del Notariado Latino* reunido en Madrid en el año 1950, recomendó a los países miembros de la Unión, adherirse al *Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes*, suscrito en Washington el 17 de febrero de 1940, sin mucho eco en los hechos.[220] En el *VI Encuentro Internacional del Notariado Americano* celebrado en Lima en 1972, se trató de formular un tipo único de poder para América. Todas estas normas se encuentran encaminadas a resolver la problemática de los poderes por medio de normas directas o sustantivas, tal como lo hacen los Derechos internos de cada país.

## La Convención Interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero

No obstante, con la finalidad de obtener de una forma más rápida -y diríamos hasta perentoria- la eficacia de los poderes otorgados en el extranjero, al parecer ha tenido más aceptación la regulación indirecta de dicha figura jurídica, a través de lo que los especialistas en derecho internacional privado definimos como normas formales o normas de conflicto. Estas reglas tienen la cualidad no de regular directamente la categoría “poderes” sino de remitirla, ya sea a la ley del lugar del otorgamiento y/o a la ley del lugar de

[220] Colombia, El Salvador, E. U. de A., México y Venezuela.

ejecución y/o a la ley que regirá el acto o contrato al que va dirigido, etc. Ley o leyes que serán las encargadas de exigir los requisitos que deberán reunir los poderes.

Esta regulación ha tenido amplia aceptación en la *Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero*, aprobada en la C.I.D.I.P. I, reunida en Panamá en el año 1975. [221] Su aceptación ha sido tal, que cuenta con 16 ratificaciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Si realizamos un agrupamiento geopolítico se ve que reúne bajo su manto regulador a los cuatro países fundadores del MERCOSUR: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, más los dos asociados: Bolivia y Chile; a cuatro del Pacto Andino: Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela; y a cinco de la Comunidad Centroamericana: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Panamá. Han quedado fuera únicamente Colombia y Nicaragua.

Un verdadero texto interamericano por tanto, el cual sin embargo tiene un punto en disfavor: no ha sido ratificada por los E. U. de A; ni por Canadá, ni por los mini Estados caribeños de habla inglesa. Esto es de lamentar por cuanto esta Convención ha sido ideada precisamente, para congeniar la existencia simultánea, no ya de varios Derechos estatales aplicables eventualmente a la relación jurídica privada internacional –tarea habitual del derecho internacional privado- sino de familias jurídicas, o sea, de civilizaciones profundamente distintas unas de otras.

En suma, si bien su ventaja se basa en constituir un texto común para los países de origen latino, su verdadera utilidad aparece o se demuestra, cuando el poder es otorgado en un país que desconoce la existencia en su Derecho de la escritura pública o de la figura del notario latino, como sucede en varios países de habla inglesa.

Porque no debemos olvidar que una de las razones para la confección de esta Convención –en palabras del Delegado de Uruguay, el Profesor Edison González Lapeyre- ha sido la de resolver la situación en la cual se ven enfrentados miles de latinoamericanos que en los E. U. de A. no pueden conferir poderes para transferir inmuebles en Latinoamérica, por cuanto las legislaciones de sus respectivos países exigen la solemnidad de la escritura pública, en tanto que en los E. U. de A. ésta resulta desconocida". [222] De sus expresiones se deduce algo muy importante: que es el problema de la forma que debe rodear a los poderes lo que ha determinado en gran parte la creación de una Convención, y eso en atención a la intensa interrelación económica y familiar existente entre los países latinoamericanos con los E. U. de A.

Al parecer era la opinión general de la Conferencia, pues el Delegado de México, el Licenciado Abarca Landero, manifestó también que "el espíritu del proyecto es el de simplificar las vías de comunicación para hacer operante la obtención de un documento igualmente válido en cualquiera de los países que se adhieran a la Convención. Señala que en el proyecto no pueden contemplarse los requisitos máximos que

---

[221] Ver al respecto: Bogdanowski de Maekelt, Tatiana. *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP I).* Caracas. 1979. Briceño Berrú, José Enrique. *Las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Civil y Procesal Civil.* Rivista di Diritto Internacionazionale Privato e Procesuale. 1982. p. 27. Parra Aranguren, Gonzalo. *Recents Developments of Conflict o Laws Conventions in Latin America.* Recueil des Cours. 1979. III. P. 122. Pérezneto Castro, Leonel. *Algunas consideraciones acerca del movimiento convencional latinoamericano sobre derecho internacional privado.* Anuario Mexicano de Relaciones Internacionales. 1981. p. 471. Ibídem. *Posibilidades de ratificación de las Convenciones de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado I y II, desde una perspectiva latinoamericana.* P. 183.

[222] Ibídem. P. 505.

exige cada ley, pero sí fijar los requisitos mínimos que sería interesante fueran de conocimiento de todos los miembros de la Comisión, para no realizar discusiones innecesarias". [223]

### Ámbito de aplicación espacial

El ámbito espacial de vigencia del Protocolo de Washington de 1940 es más amplio que el de la Convención por cuanto el primero intenta regir "los poderes que se otorgan en los países que forman la Unión Panamericana, *destinados a obrar en el extranjero"*. Si bien el Preámbulo de la Convención Interamericana de 1975 sugiere lo mismo, luego en el art. 1 aclara que el ámbito espacial exclusivamente funcionará entre Estados Parte:

> *los poderes debidamente otorgados en uno de los Estados Parte de esta Convención serán válidos en cualquiera de los otros (Estados Parte).*

### Ámbito de vigencia de la Convención para Uruguay

Por intermedio de esta Convención Interamericana entonces, Uruguay se encuentra vinculado con 15 países de la región. La pregunta que surge a continuación es ¿qué sucede cuando el poder proviene de un país que no la ha ratificado? La categoría "poder", como una regulación específica, surgió con la mencionada Convención Interamericana. Fuera de la misma, tenemos a los Tratados de Montevideo: los de 1889 en este aspecto actualmente sólo vinculan a Uruguay con Colombia; lo mismo le sucede a Argentina y a Paraguay. Los Tratados de Montevideo de 1940 ya no rigen, puesto que los países que lo ratificaron –Argentina, Paraguay y Uruguay- se han volcado hacia la ratificación de la Convención Interamericana. En ninguno de los Tratados de Montevideo el poder fue regulado específicamente, pero con el movimiento de las ratificaciones hacia la nueva Convención el problema carece de importancia. Tampoco fue regulado especialmente por el Código Bustamante de 1928, a pesar de la técnica analítica que ha utilizado.

Cuando no son aplicables las normas convencionales reguladoras de la problemática que originan los poderes corresponde aplicar las normas nacionales de derecho internacional privado reunidas en la parte final del Código Civil uruguayo, las cuales tampoco regulan específicamente la figura del poder. Con la finalidad de colmar esta laguna legislativa, el Derecho interno de Uruguay –y recurriendo al art. 16 del Código Civil- ha adoptado una norma de hermenéutica jurídica: de acuerdo a la misma, se habrá de acudir "a los fundamentos de las leyes análogas" y, de no ser factible, "a los principios generales de Derecho y a las doctrinas más recibidas". La ley análoga es la ley que contiene la ratificación de la Convención Interamericana sobre poderes. Esto lleva a una conclusión que facilita enormemente la tarea notarial: que a pesar que la Convención sea un Tratado con efectos *inter partes*, para el caso de Uruguay este aspecto pierde su importancia, debido al hecho de que al no ser regulada en forma específica la categoría "poderes", las reglas de la Convención Interamericana recobran su autoridad sobre los poderes que nos vinculen con países con los cuales no tenemos un Tratado. En resumen: si el poder proviene de un Estado ratificante de la Convención Interamericana aplicamos la Convención, y si procede de un Estado no ratificante igualmente la aplicamos, pero como "norma análoga" o como "doctrina más recibida" según sea el autor al cual recurramos. Es la posición asumida también por la República Argentina.

En caso de que el poder provenga de un país con el cual Paraguay no tiene Tratado o Convención, no vemos inconveniente en que pueda adoptarse la misma solución que la argentina y la uruguaya, porque el

[223] OEA/Ser.K/XXI.1. CIDIP/42 corr.1, 27 enero de 1975, p. 43

.

art. 6 de las disposiciones preliminares del Código Civil de Paraguay es muy parecido al de dichos países. El art. 6 dice expresamente que:

> *Si una cuestión no puede resolverse por las palabras, ni por el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y, en su defecto, se acudirá a los principios generales de Derecho.*

## Ámbito material de la Convención

10. Para que se dé la representación, es necesario que:

1. Se obre a nombre ajeno, y
2. el poder.

Normalmente, el instituto de la representación se ubica dentro de la cooperación jurídica que un sujeto presta a otro. El representante coopera con el representado y lo sustituye, realizando el negocio por él. La representación puede ser necesaria o legal, voluntaria u orgánica.

a) *La representación legal:* en los casos de representación legal, el poder resulta conferido por la ley, debido a que el incapaz carece de una voluntad idónea para realizar el negocio de apoderamiento. La representación legal o necesaria ocurre en los casos de incapaces y de los ausentes.

b) *La representación voluntaria:* en los casos de representación voluntaria, el poder se origina en un negocio jurídico unilateral –autorizativo o de apoderamiento- emanado del representado, por medio del cual se autoriza al representante a obrar con eficacia directa sobre el patrimonio del primero.

c) *La representación orgánica o societaria:* sucede en los casos que las personas jurídicas o morales deban actuar exteriormente, lo que vuelve necesaria la comparecencia de alguno de sus miembros que actuará en nombre y representación de la sociedad, asociación o fundación.

## Poder y mandato

La representación se encuentra vinculada con una relación de base, que puede estar constituida por negocios de distinto tipo: el mandato, el arrendamiento de servicios, la sociedad, etc. Es frecuente que el poder de representación se halle conectado con el contrato de mandato. Muchos creyeron que el poder de representación integraba como elemento esencial al contrato de mandato, en base a lo cual concluían que no podía haber mandato sin poder de representación. Por ejemplo, el Código Civil francés, que influyó en el art. 2501 del Código Civil uruguayo.[224]

Sin embargo fueron los estudios de la escuela alemana –de Ihering y de Laband- los que permitieron separar el fenómeno de la representación del contrato de mandato. El mandato *es un contrato* por medio del cual una parte se obliga a cumplir actos jurídicos por cuenta ajena; es bilateral o sinalagmático en tanto genera obligaciones recíprocas; puede ser gratuito u oneroso; etc. El acto jurídico de concesión u otorgamiento del poder, se denomina apoderamiento.[225] El apoderamiento, por el contrario, no es un contrato sino *un negocio jurídico unilateral*, emanado del representado y dirigido a un tercero, donde no se necesita la aceptación por parte del representante. Puede haber representación sin mandato, como es el caso de la representación de los incapaces. O puede haber mandato sin representación, como sucede en la comisión. El mandato puede ser sin representación pero el poder es siempre representativo.

---

[224] Una confusión, por lo menos sobre el plano metodológico, se percibe en el Protocolo de Washington de 1940, por ejemplo, en el art. 4.

[225] Ibídem. Op. cit. p. 39. Rapallini, Liliana Etel. *Eficacia internacional del poder de representación.* Revista Notarial del Colegio de Escribanos. Provincia de Buenos Aires. Mayo-agosto. 1988. p. 371. .

En conclusión, en el ámbito notarial debemos distinguir siempre el mandato, del negocio de apoderamiento. Son dos figuras autónomas aunque muchas veces aparezcan conectadas. Puede haber poder sin mandato y mandato sin poder. Los límites de este último deben siempre desprenderse de él. Además el acto de apoderamiento faculta, no obliga. Este enfoque ha sido tomado íntegramente por el art. 3 del Protocolo de Washington y por el art. 11 de la Convención Interamericana que señala que:

> *no es necesario para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto la aceptación. Ésta resultará de su ejercicio.*

Según la especialista argentina Alicia Perugini,[226] son estas características las que han llevado a los Escribanos a omitir en las escrituras respectivas la comparecencia del representante, haciendo constar únicamente en el cuerpo de la escritura "el encargo" que le confiere una persona a otra. En la mayoría de los casos, cuando se habla de escritura de mandato nos estamos refiriendo en realidad, a una escritura de apoderamiento de la que surge con nitidez: la comparecencia del poderdante, la identidad del apoderado, la asunción de obligaciones del primero, el otorgamiento de facultades al segundo, y la extensión precisa de estas facultades. Además de ser unilateral, el acto de apoderamiento es abstracto, en tanto es independiente en su validez, de un eventual acto o contrato que pueda obligar al apoderado a actuar de una determinada manera. Es independiente por ejemplo, de la validez del mandato, del arrendamiento de servicios, etc.

En cuanto a la Convención Interamericana, su objeto se limita a regular la figura del poder –sólo y únicamente del poder- sin preocuparse del negocio jurídico subyacente –que por lo general es el mandato pero que puede ser cualquier otro negocio jurídico- y tampoco se preocupa por el negocio final en vista al cual será ejercido ese poder y para el cual fue conferido. Intentando precisar aun más su ámbito material, la Convención tampoco califica de algún modo a los poderes, no llega a definir el objeto regulado. Y tampoco se refiere a algún tipo especial de poderes, por lo cual *todos* quedarán comprendidos: los civiles, los comerciales, los procesales, los administrativos, etc.

### La internacionalidad del poder

La Profesora Liliana Rapallini ha sostenido con acierto, que "un poder de representación es internacional cuando difiere el Estado donde se ha otorgado de aquel instituido como de ejercicio, resultando accesoria la circunstancia de encontrarse poderdante y apoderado en un mismo país al momento del otorgamiento, y siendo irrelevante la residencia, el domicilio o la nacionalidad de las partes".[227] Por tanto, un mandato otorgado en Paraguay por una persona a favor de otra, ambas con domicilio en igual país, para surtir efectos en el extranjero, queda comprendido en la Convención Interamericana sobre poderes.

### Metodología utilizada en la Convención para regular los poderes

Las Conferencias internacionales de Derecho internacional Privado que periódicamente convoca la O.E.A., no tienen una postura dogmática preestablecida en cuanto al método o métodos a utilizar para regular las categorías del derecho internacional privado. Es por ese motivo que al elaborar cada proyecto de Convención reaparece el tema de saber si la categoría en estudio debe ser regulada recurriendo al método de los conflictos de leyes y de jurisdicciones o si por el contrario, hay que acudir a un método sustantivo o directo. El Delegado de Panamá en la Conferencia -Doctor Arroyo- manifestó que "se ha

---

[226] Perugini, Alicia. *La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial.* Buenos Aires. 1988. p. 37.

[227] Rapallini, Liliana Etel. Op. cit. p. 365.

formulado una proposición para que se vote sobre si debe tratarse aquí únicamente normas de solución de conflicto de leyes o si por el contrario debe tratarse de normas de carácter material. Expresó que su Delegación consideraba que no sería conveniente tomar una decisión tan concreta sino analizar cada caso y decidir según se entienda conveniente".[228] En base a estas consideraciones, la metodología utilizada por la Convención es de carácter mixto, contiene reglas de conflicto pero también normas sustantivas, como veremos más adelante.

### La capacidad para otorgar un poder

Primero de todo, hay que controlar la capacidad de obrar al momento del otorgamiento del acto de apoderamiento. Perugini distingue la capacidad requerida para el otorgamiento del poder, del negocio causal que puede obligar al apoderado a actuar de determinado modo –por ejemplo, por intermedio de un mandato- y del acto jurídico final, aconsejando no confundir la validez del poder con la validez de la compraventa o del matrimonio, problemas que se regulan por leyes distintas.[229]

La determinación de la capacidad se establecerá de acuerdo a las siguientes reglas:

a) *para las personas físicas:* se habrá de acudir a la ley de la nacionalidad o a la ley del domicilio, según las normas de derecho internacional privado a utilizar. En los países de la región se le aplica a la capacidad la ley del domicilio de la persona;

b) *para las personas jurídicas:* si recurrimos a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 o a las Convenciones Interamericanas sobre sociedades mercantiles de 1979 -ratificada por Paraguay- o sobre personas jurídicas de 1984 -no ratificada por este país- se aplicará la ley del lugar de su constitución, que será aquélla donde se han cumplido los requisitos de fondo y de forma indispensables para que se adquiera la personalidad jurídica.

### La legitimación

a) *Persona física que otorga el poder en su propio nombre:* el art. 1 del Protocolo de Washington de 1940 destaca muy claramente que "el funcionario que autorice el acto (notario, registrador, escribano, juez o cualquier otro a quien la ley del respectivo país atribuye tal función) dará fe que conoce al otorgante y de que éste tiene la capacidad legal para su otorgamiento. No vemos inconveniente para que el mismo control se realice bajo la Convención Interamericana sobre poderes.

b) *Poder otorgado en nombre de una tercera persona:*

- *por ser su representante legal:* en el caso de la comparecencia de un representante legal, deberá acreditarse su calidad de acuerdo a la ley del lugar donde se le confirió el cargo.

Casos de sustitución: las sustituciones también deben controlarse. El Protocolo de Washington establece que el funcionario autorizante del acto, además de dar fe respecto del representante que otorga el poder, la delegación o sustitución, la dará también de que dicha persona efectivamente tiene la representación que invoca; que esta representación es legítima según los documentos auténticos que al efecto se le exhibieren, y que mencionará específicamente, con expresión de sus fechas y de su origen o procedencia. De la misma forma debemos proceder dentro de los términos de la Convención Interamericana aún cuando ésta no lo mencione.

---

[228] OEA/Ser.K/XXI.1. CIDIP/42. Corr.1, 27 enero de 1975. p. 447.
[229] Perugini, Alicia. Op. cit. p. 39.

Casos de personas jurídicas: tratándose de personas jurídicas, además de la certificación a que se refieren los números anteriores, el funcionario autorizante del acto dará fe respecto de la persona jurídica en cuyo nombre se hace el otorgamiento, de su debida constitución, su sede, su existencia legal actual y, que el acto para el cual se ha otorgado el poder está comprendido entre aquellos que constituyen el objeto o actividad de la misma. El funcionario ratificará esa declaración con los documentos que le sean presentados al efecto, tales como: escritura de constitución, estatutos, acuerdo de la junta u organismos directivos de la persona jurídica y cualesquiera otros documentos justificativos de la personería que se confiera. También estos documentos serán mencionados por el funcionario, con expresión de sus fechas y de su origen (art. 1.3 del Protocolo de Washington). Esta solución se corresponde con el art. 7.b) de la Convención Interamericana.

## La forma de los poderes

### 1°. El principio ***locus regit actum***: un principio no obligatorio

En apariencia, el principio básico consagrado es el principio *locus regit actum*, que significa que la ley del lugar rige el acto. De esta forma se consagra una regla muy antigua en el derecho internacional privado, de origen estatutario, con más de ocho siglos de existencia: la competencia de la ley del lugar de celebración, para regular lo referente a la forma del poder. El art. 2 determina que

> *las formalidades y solemnidades relativas al otorgamientos de los poderes que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen (…)*

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

A pesar de lo afirmado, esta regla consagrada en el art. 2 para la forma de los poderes, aparece afectada por una triple solución alternativa: la primera, impuesta por el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito conflictual; la segunda, por la existencia de normas rigurosamente imperativas en el lugar de ejercicio del poder; y la tercera, debido a la existencia de una norma rigurosamente imperativa en el lugar del ejercicio del poder que resulta desconocida en el lugar de su celebración, creando la Convención para el caso, una regulación directa. Veamos pues, las tres excepciones a la aplicación de la ley del lugar del otorgamiento del poder:

### 2°. El reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, acotado

La Convención Interamericana ha recogido un enfoque flexible intentando validar –en la media de lo posible- el otorgamiento de los poderes. Para perseguir ese objetivo, los congresistas consideraron que la voluntad del otorgante también puede ser determinante en la elección de la ley aplicable a los poderes. La Convención Interamericana reconoce pues, el principio de la autonomía de la voluntad para elegir la forma de los poderes. Se trata de la primera Convención de la C.I.D.I.P. que permitió a los particulares la escogencia de la ley aplicable. Tenemos que llegar a 1994 para encontrar un reconocimiento semejante con la aprobación en México, de la *Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.*

Pero también hay que decir que la autonomía de la voluntad cuenta en este caso, con un triple límite:

1. La elección sólo será pertinente cuando la ley del lugar donde va a ejercerse el poder no imponga obligatoriamente una solemnidad esencial a la validez del poder. De existir normas imperativas en el lugar de cumplimiento, la elección de la forma se torna irrelevante.

2. El poderdante podrá movilizar su opción sólo entre dos leyes: entre la ley del lugar de celebración del poder y la ley del lugar de su ejercicio. Y,

3. La elección es unidireccional: el poderdante sólo estará habilitado para concretar su opción en un solo sentido: de la ley del lugar de celebración hacia la ley del lugar del ejercicio.

### 3°. La ***lex loci executionis***

¿Cómo es posible que estas exigencias a veces de contenido o de sustancia del poder y a veces de forma, puedan ser satisfechas con la aplicación lisa y llana de la ley del lugar de celebración? La experiencia ha demostrado que el problema está justamente ahí: que en muchas ocasiones cumplir con las exigencias de forma de la ley del lugar de celebración no basta, o no es suficiente, o no es útil, porque no van a ser aceptadas en el país donde ese poder va a ser ejercido.

Todo poder se crea para algo, para ejercer determinados actos –en este caso- en un país extranjero. La incidencia de esta última ley es tan importante que puede ocurrir que el punto de contacto que se ofrecía aparentemente como el más importante –el principio *locus regit actum*- pasa a ocupar un lugar secundario a favor del punto de conexión del lugar de ejercicio del poder cuando éste exigiere solemnidades esenciales para su validez. Si la ley del país donde el poder va a ser ejercido exige una solemnidad especial –como por ejemplo, un poder en escritura pública, para vender o gravar un bien inmueble- no hay elección posible: deberá ser redactado en escritura pública tal como lo exige la ley del ejercicio y deberá apartarse de lo establecido por la ley del lugar de la celebración.[230] De este modo, la ley del lugar de cumplimiento del poder puede aparecer por dos vías muy distintas: cuando la persona que confiere el poder la ha elegido expresamente o, cuando las disposiciones de esta último son de aplicación rigurosamente necesaria o imperativa.

A los efectos de esta Conferencia, creemos conveniente traer a colación dos artículos del Código Civil paraguayo. El art. 23 nos indica que

> *la forma de los actos jurídicos públicos o privados se rige por la ley del lugar de celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones del Código Civil paraguayo.*

Y el art. 24 siguiente considera que

> *los actos jurídicos celebrados en el extranjero relativo a inmuebles situados en la República serán válidos siempre que consten en instrumentos públicos debidamente legalizados, y sólo producirán efectos una vez que se los haya protocolizado por orden del juez competente e inscripto en el Registro Público.*

Pero también he encontrado cuatro artículos del Código Civil paraguayo, sobre la forma de los actos jurídicos: que son los arts. 294 y 302 a 304.

> *297. Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuera el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieran de ser ejecutados en su territorio o se ejercieran en él acciones por su falta de cumplimiento.*

---

[230] Santos Belandro, Ruben. *Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo.* Revista de la Facultad de Derecho. Julio-diciembre de 1995. No. 8. p. 25. Ibídem. *El derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología.* Montevideo. 2ª Edición. 1998. p. 147 y ss.

> *302. En la celebración de los actos jurídicos deberán observarse las solemnidades previstas por la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes.*
>
> *303. Cuando una determinada forma instrumental fuere exclusivamente impuesta por la ley, no se la podrá suplir por otra, aunque las partes se hubieren comprometido por escrito a su otorgamiento en un tiempo determinado, e impuesto cualquier pena. Esta cláusula y el acto mismo serán nulos.*
>
> *304. La expresión por escrito puede tener lugar por instrumento público o por instrumento privado, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta.*

Como vemos, de estas disposiciones, por otra parte muy comunes en América Latina, se deduce que el Derecho que rige el fondo o la validez intrínseca de los actos jurídicos es el que definitivamente impone una forma determinada, por cuanto el poder es un medio al servicio de un fin. La ley del ejercicio puede imponer ciertas formas -por ejemplo la escritura pública- aún cuando es bueno señalar que los requisitos que deben observarse en el instrumento público serán definidos por la ley del lugar donde se otorga el poder.

Entonces, a pesar del reconocimiento en lo atinente a las formas de la aplicabilidad del principio de la ley del lugar de celebración, hay que tener en cuenta el Derecho del país donde el acto va a producir sus efectos. Una solución de esta naturaleza aparece como algo ineludible. Por ejemplo, en el Derecho uruguayo el art. 2056 del C. C. exige poder expreso (especial) para transigir, enajenar, hipotecar o hacer cualquier acto de riguroso dominio. Dentro del Derecho de Familia, el poder para contraer matrimonio requiere especificar el nombre de la persona con la cual se va a celebrar el matrimonio, o para divorciarse, o adoptar, o reconocer a un hijo natural. En el caso de la transacción, el poder especial deberá mencionar los derechos y los bienes sobre los que habrá de recaer la transacción. Por este motivo el art. 2 se completa así:

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

### Determinación del lugar del ejercicio del poder

Perugini señala que no es una tarea fácil intentar determinar lo que se entiende por lugar de cumplimiento o de ejercicio del poder.[231] Una cosa es el lugar de cumplimiento del poder y otra el lugar del cumplimiento del acto final. Según la autora, el poder comienza a cumplirse en el país donde el apoderado expresa esa voluntad y agota su cumplimiento en el país donde se realiza el acto relativo al cumplimiento del acto jurídico final.

Los poderes generales sin acepción de países o, con acepción de más de un país, al igual que los poderes especiales con indicación de más de un país, técnicamente no tienen un lugar de cumplimiento, por lo que habrá que refugiarse en puntos de conexión subsidiarios. Sólo existirá un lugar de cumplimiento preciso en los poderes especiales, con indicación de un solo país. A falta de puntos de conexión subsidiarios la única solución posible es acatar la ley más rigurosa, siempre que se conozca su probable lugar de cumplimiento. De lo contrario el poder correrá una suerte impredecible.

### 4o. Una regulación directa para los casos de institución desconocida

De acuerdo a lo examinado ya podemos decir que la verdadera utilidad de la Convención Interamericana aparece cuando las formas requeridas por la ley del lugar del ejercicio del poder no pueden ser cumplidas en el país del otorgamiento debido que allí se la considera una institución desconocida. Tal es el caso de

---

[231] Perugini, Alcia. Op. cit. p. 80, 82 y 89.

la escritura pública, que no es conocida en numerosos países, así como la figura del notario latino. De producirse esta situación surge entonces un dilema de hierro: ¿qué hacer? ¿Acatamos la ley del lugar del ejercicio del poder y como en el lugar del otorgamiento no se puede cumplir, le decimos al cliente que no puede otorgarse el poder? ¿O le aconsejamos que respete las exigencias del lugar del otorgamiento y desconozca las formalidades obligatorias exigidas por la ley del lugar del ejercicio del poder?

El problema lo genera la presencia de una institución desconocida que quiere que se respete al momento de la celebración del poder. Para decretar la inaplicabilidad de una institución, no basta el desconocimiento de una institución extranjera dentro de un determinado sistema jurídico sino que sea absolutamente imposible de calificar esa institución extranjera dentro de los conceptos que ofrece la ley del juez. La institución debe estar carente de todo paralelismo dentro de la legislación del foro, produciéndose una imposibilidad técnica de aplicación. En el tema de los poderes, el desconocimiento institucional puede aparecer en dos campos: respecto de la escritura pública y en cuanto a la existencia de la figura del notario latino o, simplemente de una autoridad autenticante.

Ante este problema parece conveniente volver a examinar los artículos 23 y 24, 297 y 302 a 304 del Código Civil de Paraguay. ¿Qué incidencia tienen estas normas sobre los poderes provenientes del extranjero? Porque estos artículos hablan sin sombra de dudas de "actos que serán exclusivamente regidos sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República del Paraguay" (art. 297). Y el luego el art. 303 señala que "cuando una determinada forma instrumental fuer exclusivamente impuesta por la ley no se la podrá suplir por otra (…). Esta cláusula y el contrato mismo serán nulos". Y el art. 254 menciona que "los actos jurídicos celebrados en el extranjero relativo a inmuebles situados en la República serán válidos siempre que consten en instrumentos públicos". Para salvar la discordancia normativa entre el Código y la Convención Interamericana debemos recordar una serie de principios directores en derecho internacional privado.

1º. Un poder otorgado en el extranjero es una relación privada internacional, no interna, por lo cual está reclamando la presencia de una especialidad normativa: las normas de derecho internacional privado;

2º. Paraguay ha ratificado la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado*, cuyo art. 1 consagra el monismo internacional, o sea, que las normas convencionales siempre prevalecerán ante las normas nacionales de derecho internacional privado;

3º. En tercer lugar, que las disposiciones señaladas son de orden público interno –proscriptoras de la autonomía de la voluntad de los sujetos- pero no de orden público internacional, pues de lo contrario Paraguay no hubiera podido ratificar una Convención a sabiendas que no la podía cumplir. En resumen, ante un poder proveniente del extranjero debemos aplicar entre países ratificantes, en forma prioritaria la Convención Interamericana.

## 1. Desconocimiento de la solemnidad especial de la escritura pública

Con la finalidad de superar los escollos que se interponen ante dos leyes enfrentadas por la existencia de normas rigurosamente imperativas y ante la imposibilidad de reconocer determinadas instituciones por ser absolutamente desconocidas en el lugar del otorgamiento del acto, el art. 3 ha regulado la cuestión de una manera directa: estableciendo ella misma –o sea la propia Convención- cómo deberá ser entendido ese poder, de qué requisitos formales mínimos deberá estar rodeado. El mencionado art. 3 establece que

> *cuando el Estado donde se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere, conforme a la ley del Estado donde haya de ejercerse, bastará que se cumpla con la dispuesto en el art. 7 de la presente Convención.*

De esta manera, se sustituye una regla de conflicto -una solución indirecta que arriesga fracasar por la existencia de normas rigurosamente imperativas en el país donde el poder será ejercido- por una norma material o sustantiva supranacional, superándose el problema de la única manera posible y lógica: mediante una solución proporcionada por el propio legislador internacional.

Si acontece que la solemnidad esencial reclamada imperativamente por la ley del lugar del ejercicio del poder –por ejemplo, la escritura pública- configura una institución desconocida en el Estado del otorgamiento, con el objetivo de permitir la existencia de un poder internacionalmente válido, asegurando así su circulación, la Convención Interamericana admite una formalidad sustitutiva, siendo suficiente que el poder se otorgue cumpliendo con las exigencias estatuidas en el art. 7. De este modo se realiza una equivalencia formal entre la exigencia de la escritura pública y la del documento privado con certificación. Las exigencias materiales que impone el texto supranacional son las siguientes: declaración jurada de sus datos personales, control de las representaciones contractuales, legales y orgánicas, autenticación de firmas. Y un conjunto de copias que se agregan al poder –pero que no forman parte de él- ante la falta de funcionario fedatario habilitado.

## 2. Desconocimiento de la figura del funcionario autenticante

El poder puede provenir de un país donde no se conozca la figura del notario latino, puede existir la figura del notario pero se no está habilitado para autorizar escrituras públicas; o puede no existir la profesión de notario ni tampoco, en última instancia, la de una autoridad autenticante.

a) *desconocimiento de la figura del notario latino*

El art. 7 establece que si en el Estado del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe sobre los puntos señalados en el art. 6, deberán observarse las siguientes formalidades:

i) el poder contendrá una *declaración jurada o aseveración* del otorgante de decir la verdad sobre: su identidad, nacionalidad, edad, domicilio y estado civil; porque puede ocurrir que el juramente esté prohibido en el ordenamiento jurídico donde el poder se otorga, entonces bastará que asegure la verdad de sus datos personales;

ii) luego se agregarán al poder, copias certificadas u otras pruebas respecto del derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder en representación de otra persona física o natural, la existencia legal de la persona moral o jurídica, así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder.

Estamos hablando en este caso entonces, de personas que tienen únicamente la facultad de certificar firmas pero no de acreditar hechos o documentos. Ante tal situación, se certificarán las firmas y se *agregarán* los documentos que hemos mencionado.

b) *desconocimiento de funcionario autenticante.*

¿Qué ocurrirá si en el país del otorgamiento no existe la figura del notario? La firma del otorgante deberá ser autenticada aunque no exista notario y la tarea será realizada por aquel funcionario que –conforme al orden jurídico extranjero del lugar de procedencia de ese poder- tenga la facultad de autenticar. Esto queda librado a la ley interna del lugar del otorgamiento.

El artículo fue aprobado con la expresión “funcionario autorizante” y luego sustituido por la Comisión de Estilo por “funcionario que los legaliza”. Por ello, Argentina hizo una Declaración en el sentido de comprender la intervención de cualquier funcionario autorizante, sin calificar su rango. Con esa interpretación, la certificación o la tarea de dar fe sobre la identidad y los datos personales del otorgante,

así como la representación de otra persona física o jurídica y demás, puede ser efectuada tanto por un notario, como por un funcionario público o, por un cónsul especialmente habilitado. Para el Delegado de los E. U. de A. Dalton, "los Estados Unidos (…) no tienen los mismo poderes que un notario en América Latina. (…) Se trata de un funcionario público que tiene el derecho de dar fe o certificar documentos que le traen. Aclara que el notario estadounidense puede certificar en relación a los asuntos mencionados en el art. 7, por lo que su delegación apoyaría mantenerlo en el proyecto". [232]

Como una hipótesis de escuela podemos pensar el caso en el cual el país del otorgamiento no exista una autoridad o funcionario encargado de autenticar los actos –algo muy difícil porque la autenticación emerge como una exigencia sociológica más que jurídica de dar por ciertos determinados eventos, contribuyendo de este modo, a la pacificación social. En suma, toda sociedad tiene una autoridad autenticante, pero ante la eventualidad de que ello no ocurra, la tarea de autenticar recaerá en el funcionario consular de la representación diplomática que tenga el país donde va a ser ejercido.

i) *Declaración jurada del poderdante.* En resumen, cuando ocurren estos casos –poderes provenientes de los E. U. de A., o de Australia o de la parte inglesa de Canadá, etc., por la aplicación extensiva que realiza Uruguay y que podría también realizar Paraguay- el poder igual vale si existe en él una declaración jurada o aseveración del poderdante en cuanto a: su nacionalidad, domicilio, estado civil del otorgante –no indica las nupcias- y la edad. Alguno constituyen datos que contribuyen a identificar a la persona, en cambio otros se dirigen a controlar su capacidad. Estos requisitos no plantean mayores inconvenientes, salvo el de la mención de la edad. Muchas veces ocurre que el documento no menciona la edad del otorgante, atendiendo a una interpretación literal de la Convención el poder no tendría eficacia extraterritorial y no podría ser utilizado en otro país, pero puede superarse dicho inconveniente ante la constatación por otros medios de que la personas tenía una edad que presumía su capacidad, porque para eso se pide. Igualmente vale la declaración que manifieste que es mayor de edad, a pesar de que la Convención Interamericana exige la mención de la edad precisa. Con ello es suficiente.

ii) *Agregación de copias certificadas u otras pruebas.* En el caso entonces de que el poder se realice en documento privado con certificación de firmas, a la declaración jurada o aseveración de decir la verdad, se le deberán agregar copias certificadas que prueben los requisitos exigidos. El artículo hace referencia a "otras pruebas", abriéndose ampliamente a cualquier modo de prueba admitido por el Derecho.

### Formas de publicidad

En cuanto a los requisitos de publicidad del poder éstos se sujetarán a la ley del país del ejercicio del poder del lugar donde éste va a ser utilizado. Si ella exige algún requisito en ese sentido, éstos se cumplirán. La Delegación de México[233] propuso que los poderes no estuvieran sujetos a protocolización o registro, pero la Delegación de El Salvador[234] disintió "con la propuesta mexicana por una razón fundamental: la publicidad y especialmente el registro, son garantías de seguridad en el ejercicio del poder y para ciertos actos son obligatorios en muchos sistemas legales, incluyendo el de su país. Por tal motivo no podría acompañar esa propuesta, que es una modificación a un artículo ya aprobado que dice que los requisitos de publicidad se someten a la ley del Estado donde se ejerce el poder".

---

[232] OEA/Ser.K/XXXI.1. CIDIP/59. Corr. 1, 29 enero de 1975.
[233] OEA/Ser.K/XXI.1. CIDIP/59.corr.1, 29 enero de 1975.
[234] Ibidem.

Al parecer en el Derecho paraguayo la protocolización sólo se exige en caso de bienes inmuebles por el art. 14 del C.C. Si ello fuera así, de todos modos resulta altamente aconsejable que se protocolice el poder que viene en documento privado con certificación y las copias que se agregan, probatorias de determinadas circunstancias. Y ello porque si luego de otorgado el acto, a veces varios años más tarde, se discute si el apoderado tuvo poder suficiente para otorgar el acto, la protocolización permite la creación de una matriz en Paraguay al resguardo de extravíos o deterioros y habilita un control posterior sobre las facultades conferidas, o la regularidad en su expedición y en su circulación. Si en algo tenemos experiencia es en esto: *siempre* protocolicen los poderes provenientes del extranjero, sobretodo los extendidos en documentos privados con firmas certificadas, no miren problemas de costos, porque va en beneficio y tranquilidad del ejercicio profesional.

En cuanto a los requisitos de publicidad el art. 3 adhirió a la postura de El Salvador, estableciendo que

> *Los requisitos de publicidad del poder se someten a la ley del Estado donde éste se ejerce*

O sea, que recoge la solución de los Tratados de Montevideo de 1940 que regula las medidas de publicidad por la ley de cada Estado. El art. 24 del Código Civil paraguayo señala que respecto de los actos jurídicos celebrados en el extranjero respecto de inmuebles situados en Paraguay deberá legalizarse la documentación, protocolizarse por orden del juez competente e inscribirse en el Registro Público.

## La legalización del poder proveniente del extranjero

Como todos sabemos la legalización tiene por cometido acreditar que la persona que autorizó el documento es tal, y que estaba en el ejercicio de sus funciones: que era el Escribano tal, y que no estaba suspendido o jubilado. Por tanto, únicamente se legalizan los documentos públicos, los documentos privados no se legalizan porque no hay intervención de una autoridad autenticante.

Hecha esta aclaración diremos que el Protocolo de Washington de 1940 hace mención en el art. 5 que “en cada uno de los países que componen la Unión Panamericana serán válidos legalmente los poderes otorgados en cualquier otro de ellos que se ajusten a las reglas formuladas en este Protocolo, siempre que estuvieren debidamente legalizados de conformidad con las reglas especiales sobre legalización”. El art. 8 de la Convención Interamericana de 1975 es más cauta, por cuanto sólo afirma que

> *los poderes deberán ser legalizados cuando así lo exigiere la ley del lugar de su ejercicio*

### La legalización y el Protocolo de Las Leñas

Al respecto, desearía despejar una confusión que existe en los Notariados del MERCOSUR y es el siguiente: se ha dicho que el Protocolo de Las Leñas sobre cooperación y asistencia jurídica en materia civil, comercial, laboral y administrativa de 1992, permite la exoneración de la legalización de las escrituras, certificaciones notariales y testimonios por exhibición si se tramitan por intermedio de la Autoridad Central. Se ha dicho que “en este Protocolo se eliminan ciertas burocracias en cuanto a la legalización de documentos, cuando se trata de relaciones entre Estados Parte que lo ratificaron”. Y ello sólo es parcialmente cierto.

Conviene leer el art. 26 del Protocolo de Las Leñas que dice así:

> *Los documentos emanados de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de uno de los Estados Parte, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por intermedio de la Autoridad Central, quedan exceptuados de toda legalización, apostilla u otra formalidad análoga, cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte.*

Tomando como base este artículo se ha sostenido que los documentos notariales citados pueden en cualquier situación ser tramitados vía Autoridad Central y ello obviaría el trámite de la legalización, lo cual no es cierto. Las Autoridades Centrales son órganos administrativos de cooperación inter-jurisdiccional. Han sido creadas para auxiliar a los jueces y demás autoridades públicas informándole del derecho extranjero, tramitando exhortos y cartas rogatorias para realizar notificaciones, citaciones, recabar prueba en el extranjero, solicitar la traba de embargos, etc. Lo expresa claramente el art. 2 del Protocolo de Las Leñas cuando dice que

> *A los efectos del presente Protocolo cada Estado Parte designará una Autoridad Central encargada de recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa.*

Por tanto, los documentos notariales exonerados de la legalización son, pura y exclusivamente, aquellos tramitados a través de los magistrados y en ocasión de juicios con repercusiones internacionales. Por ejemplo, cuando hay que exhibirle a un testigo una escritura pública o un testimonio por exhibición y ese testigo está domiciliado en el extranjero. Nadie puede ir –reitero- *nadie* puede presentarse ante una Autoridad Central, por ejemplo la de Paraguay, y solicitarle que envíe un documento notarial a Uruguay si no hay un juicio pendiente. Y el que tiene la llave para solicitar ese trámite será el magistrado titular del juicio respectivo. Si en el juicio correspondiente una de las partes litigantes desea que se le exhiba a una persona domiciliada en el extranjero un documento notarial, deberá pedírselo al juez, y el magistrado deberá consentir. Por tanto, la exoneración de legalización de los documentos notariales dentro del Protocolo de Las Leñas tiene un alcance mucho más restringido que el que se le ha querido dar. Con estas cavilaciones creemos que hemos despejado las confusiones existentes al respecto.

La cadena de legalizaciones es la siguiente. Para los poderes provenientes del extranjero, la autoridad que controla al notario deberá legalizar la firma de éste, luego se acude ante el consulado paraguayo que legalizará la firma de la autoridad que controló y luego se legalizará en el MRE de Paraguay y luego se inscribirá en el Registro de Poderes.

Si el poder va al extranjero: el Colegio de Escribanos de Paraguay legalizará la firma del Notario, luego pasará a la Corte Suprema de Justicia, luego al Ministerio de Justicia y Trabajo, luego al MRE y, por último, al consulado del país donde surtirá efectos, y por último ante el MRE del país donde se actuará con el poder. El trámite es igual en Uruguay salvo en un punto: nosotros no tenemos Ministerio de Justicia, con lo cual damos un paso menos.

## La traducción del poder extranjero

El art. 6 del Protocolo de Washington menciona que "los poderes otorgados en país extranjero y en idioma extranjero podrán dentro del cuerpo del mismo instrumento, ser traducidos al idioma del país donde estuvieren destinados a obrar. En tal caso, la traducción así autorizada por el otorgante se tendrá por exacta en todas sus partes. Podrá también hacerse la traducción del poder en el país donde se ejercerá el mandato de acuerdo con el uso o la legislación del mismo". Una solución muy acertada y aconsejable de adoptar como modo de agilitar la circulación, no sólo de poderes sino en general, de cualquier instrumento público. El art. 9 de la Convención Interamericana expresa que los poderes

> *se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio de los poderes otorgados en idioma distinto*

## Conflictos de Convenciones

La Delegación de México sugirió "que en algún artículo transitorio se precise debidamente en forma clara, que subsiste y continúa en vigor para todos los efectos –desde luego entre aquellos países donde ya-lo está- la Ley Uniforme de 1940 para que no pudiera interpretarse que esta nueva Convención deroga total o parcialmente la Ley Uniforme, que tiene mucho mérito (…) y que uno de los más importantes es que logró la suscripción y ratificación del Gobierno de los E. U. de A., con el cual normalmente se presentan problemas de formalidades en el otorgamiento de los poderes". [235] Recogiendo ese pensamiento, el art. 10 expresa que

> *esta Convención no restringirá las disposiciones de Convenciones que en materia de poderes hubieran sido suscritas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, en particular el Protocolo sobre Uniformidad Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940, o las prácticas más favorables que los Estados Parte pudieran observar en la materia.*

La coexistencia del Protocolo de Washington de 1940 con la Convención Interamericana de 1975 no planteará problemas de convivencia, por cuanto sus regulaciones son idénticas en algunos puntos, y en otros se aproximan mucho.

## Balance final

Como balance final diremos que la *Convención Interamericana sobre la regulación de los poderes provenientes del extranjero* ha sido elogiada por su alto sentido práctico. Sin el deseo de desmerecer este aspecto por sí mismo tan relevante, pensamos que la normativa supranacional indicada también realiza importantes aportes en el ámbito de la teoría general del derecho internacional privado.

En primer lugar, enfrenta con indudable pertinencia el tema de las normas de aplicación inmediata de los Estados Parte, exigiendo su respeto en primera instancia, por los terceros Estados y, en el caso de los poderes, cuando este respeto no puede ser obtenido, propicia una solución material directa que destraba el problema de una manera altamente compartible. Éste debe ser el camino a tomar en el futuro para limitar el campo de actuación de las normas de aplicación necesaria y evitar un desarrollo que anule el funcionamiento del derecho internacional privado.

En segundo término, es la primera Convención dentro de la C.I.D.I.P. que permite en forma clara, el ejercicio de la autonomía de la voluntad para la selección del Derecho aplicable, aún cuando esta escogencia haya quedado limitada de la manera que ya hemos expuesto.

En tercer lugar, la categoría "forma de los actos" no se desarrolla de un modo autónomo sino que, con un criterio funcional, se la hace depender de la ley que regula el fondo del poder. Criterio que es el predominante hoy, en la doctrina internacional.

Intenta además, resolver un conflicto de civilizaciones, especialmente el existente entre los países del *common law* y los del derecho civil codificado.

Y, por último, toma en consideración a la institución desconocida, permitiendo sortear la dificultad que plantea su presencia mediante la creación de soluciones materiales directas.

Si la situación es la inversa, o sea que el poder ya se protocolizó en el extranjero, el Escribano deberá protocolizar el testimonio de la protocolización extranjera, previa legalización y traducción en su caso.

---

[235] OEA/Ser.K/XXI.1. CIDIP/42.corr. 1. 27 enero de 1975.

# Nueva postura de Uruguay ante los poderes provenientes del extranjero (Ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008)

## Introducción

En la Revista Jurídica de la Regional Norte, de Octubre de 2006, analizamos el tema de los poderes provenientes del extranjero, en cuanto a las formalidades de que debe venir revestido y en cuanto a su contenido. [236]Allí afirmábamos que se encuentra vigente al respecto, la *Convención Interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero* aprobada en la C.I.D.I.P. I, en Panamá, en enero de 1975. Y que la misma resulta aplicable tanto entre Estados ratificantes, como también en relación con aquellos que no lo han hecho, debido a que cubre el vacío legal –por medio de la integración- existente en nuestras normas nacionales de derecho internacional privado. En cuanto a la forma –que es el problema a dilucidar- la mencionada Convención admitió la aplicación del principio *locus regit actum,* o sea que las formalidades de los poderes provenientes del extranjero quedarán sometidas a la ley de su lugar de celebración (art.2). No obstante, la misma disposición que habilita la aplicación de la ley del lugar de celebración del poder, también formula la siguiente excepción:

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

Por tanto, la norma supranacional reconoce la preeminencia de las reglas rigurosamente preceptivas en relación con la forma de los poderes. Respecto de ellas –y en cuanto constituyó el centro de debate en la doctrina nacional- no hay duda que:

- la Convención Interamericana hace referencia a este tipo de reglas, por cuanto la frase comienza con un imperativo “en todo caso”;

- además, esas reglas deben referirse a “solemnidades esenciales”, sólo sobe este último aspecto se admitirán tales reglas de forma del lugar del cumplimiento del poder; [237]

- las reglas imperativas del lugar de cumplimiento del poder prevalecerán sobre la ley del lugar del otorgamiento, aún cuando esta última contenga también reglas imperativas al respecto; y

- esas solemnidades deben estar dirigidas a “la validez del poder”.

Por tanto, la Convención traslada al Derecho interno del país donde va a ejecutarse o cumplirse el poder, la tarea de definir qué entiende por “solemnidad esencial”. De ahí se deduce, que hay que determinar si en Uruguay existen “solemnidades esenciales para la validez del poder” que desplacen a la ley del lugar del otorgamiento en beneficio de la ley del lugar del cumplimiento. La respuesta a esta interrogante no es una cuestión de exclusiva atingencia del Derecho interno sino también un problema propio del Derecho Internacional Privado, debido a que según como se resuelva esta cuestión crucial, se aplicará la regla de conflicto convencional o la regla imperativa del lugar del ejercicio del poder. Sin la determina previa y exacta de cuáles son las “solemnidades esenciales para la validez del poder” existentes en el Derecho uruguayo será imposible saber cuál es la ley aplicable.

---

[236] Santos Belandro, Ruben. *El difícil avenimiento de la doctrina nacional respecto de la regulación de la forma de los poderes provenientes del extranjero.* Revista Jurídica de la Regional Norte. Octubre de 2006. Año 2. No. 2. p. 114 y ss.

[237] Salvo, claro está, la posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad, reconocida a texto expreso por la Convención.

Se han citado diversas leyes que han impuesto solemnidades esenciales a determinados poderes. A título de ejemplo podemos citar:

- *el poder para actuar en juicio:* en tanto el art. 39.1 del Código General del Proceso establece que "el poder para litigar deberá otorgarse en escritura pública bajo pena de nulidad (…)";

- *el mandato post mortem:* en cuanto el art. 2097 del Código Civil señala que "cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad". Hay tres secciones ene. Capítulo I del Título IV del Código Civil referido a la sucesión testamentaria, que hacen referencia al testamento solemne abierto o cerro, al testamento menos solemne o especial, y al testamento otorgado por oriental en país extranjero, las que establecen diversas formalidades "so pena de nulidad";

- *el art. 49 de la ley No. 14.384 en lo que respecta a los administradores de bienes inmuebles rurales*: quienes deberán contar con "mandato que los habilite al efecto. El poder para administrar deberá otorgarse por escrito y con certificación notarial de las respectivas firmas";

- *lo dispuesto por la ley No. 15.284*, donde la forma especial es el "escrito o acta judicial" para que el abogado firmante quede investido en especial y para pleitos, en el carácter de representante judicial.

### Panorama anterior a la vigencia de la ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008

La doctrina centralizó el debate en determinar si además de las prescripciones impuestas a texto expreso por el legislador uruguayo, existen otras, en especial la formalidad del poder para enajenar o gravar bienes inmuebles. En este caso ¿el poder puede ser verbal? ¿Podrá otorgarse en documento privado, con o sin certificación de firmas? ¿O indefectiblemente deberá otorgarse en escritura pública tal como se exige para la compraventa de estos bienes? No hubo una respuesta uniforme a estas interrogantes, por el contrario, emergieron tres tesis, netamente definidas, las que quisieron dar una solución dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

- *la tesis tradicional defendida por el Profesor Jorge Gamarra:* seguida unánimemente por la práctica notarial. Esta tesis fue planteada mucho antes, durante el año 1905, cuando se publicó el primer número de la Revista de la Asociación Notarial de la República Oriental del Uruguay -antecesora de la actual Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay- a partir de un artículo escrito por Benjamín Coelho de Oliveira titulado *Compra de bienes inmuebles por mandatario*, postura aceptada a lo largo del tiempo por Álvaro Guillot, Fernando Miranda, Héctor Cerrutti Aicardi y Sara Guido de Crottogini, además de su último y más profundo exponente el Profesor Gamarra. Gamarra consideraba que "cuando el poder se da con referencia a un acto solemne, debe revestir los mismos requisitos de forma que éste. Las razones son diversas: si no se exigiera la solemnidad del poder es claro que los motivos que fundamenta el requisito se verían frustrado, puesto que no se habría llamado la atención del poderdante sobre la gravedad del acto a cumplir, induciéndolo a reflexionar sobre sus consecuencias y a tomar una decisión meditada. No correspondería utilizar el expediente de la representación además, para obtener fines que el representado no pueda alcanzar directamente: por el trámite de la representación y del mandato, una compraventa de inmuebles devendría consensual, lo cual resulta inadmisible". [238] Su tesis se basa entonces, en que: no hay solemnidad si ley que la establezca. En materia de poderes esa solución legal se encuentra dentro del Código Civil respecto de los poderes para pleitos (en escritura pública) y para el poder *post mortem* (con

[238] Gamarra, Jorge. Derecho Civil. Tomo I.

las formalidades del testamento). Sin perjuicio de otras solemnidades impuestas por leyes específicas. Además, tomando como base el inciso 4 del art. 2035 del Código Civil, el poder debe tener la misma solemnidad que la que se exige para el acto gestorio o de gestión. La función de la solemnidad es la de tener un carácter tuitivo, la de ser un llamado a la reflexión. El incumplimiento de las formalidades del poder para enajenar o gravar bienes inmuebles -o sea un poder expresado en forma verbal- necesitaría de la ratificación, la cual produciría efectos retroactivos.

- *La tesis de los Profesores Arturo Caumont, Andrés Mariño y Teresa Gnazzo:* que en realidad también tiene sus precedentes en el año 1905 y en la misma Revisa a la que hemos hecho alusión. El primer disenso a la teoría expuesta en el apartado anterior obedece a la pluma de los Escribanos Arturo Paulo Lacerda y Julio Z. Márquez. Si bien este disenso se apagó durante varias décadas ante la expansión del criterio defendido por el Profesor Gamarra, la chispa permaneció latente ante la publicación del artículo del Profesor Adolfo Aguirre González titulado *Consideraciones sobre las formas solemnes en los contratos*, y recién se enciende la polémica con toda su fuerza a raíz de los artículos publicados por los Profesores Caumont, Mariño y Gnazzo. Caumont parte de la base de que la "solemnidad-consentimiento" goza de una doble especialidad: la de ejercer una función tuitiva y de reflexión, y la de impedir todo trasvasamiento contractual. Considera junto con Mariño, que "la voluntad es circunstancia esencialmente específica y diferente en y para cada contrato (mandato y compraventa); su forma (especial) es también especial para el contrato en que así se preceptúe (…), (el poderdante) no puede expresar en el ámbito de ese mandato, el contenido volitivo típico del negocio solemne que su apoderado tiene el encargo de celebrar en su representación. Para expresar la voluntad característica de este contrato está el mandatario". Una síntesis de esta tesis es la siguiente: comparten igualmente la posición de que no hay solemnidad sin ley que la establezca; el acto de apoderamiento y el negocio final son dos negocios totalmente independientes, con expresiones de voluntad totalmente distintas, por lo que no puede aceptarse el trasvasamiento de formas de un negocio al otro sin la previa expresión de la ley, por tanto, sólo y únicamente que la ley establezca alguna solemnidad para el poder, deberá cumplirse con dicha solemnidad.

- *Tercera posición doctrinal sostenida por el Profesor Roque Molla:* éste acepta dos principios: no hay solemnidad sin ley que la establezca, ni trasvasamiento de las formas; la previsión expresa de la forma de los poderes siempre se encuentra a texto expreso; el problema que hay que discutir no es de "solemnidad-consentimiento" sino de prueba; y los arts. 1581 y 1583 del Código Civil, en la redacción dada por la ley No. 16.503 de 19 de octubre de 1994, equipara la prueba en escritura pública a la realizada por documento privado con firmas certificadas; el poder se incumple por haberse otorgado la enajenación de un bien inmueble mediante un poder verbal; podrá recurrirse a la ratificación pero en todo caso tendrá efectos para el futuro y no para el pasado, hasta que no se haga la ratificación el bien no habrá salido del patrimonio del enajenante y estará afectado por las inscripciones de embargos específicos sobre el bien o de interdicciones que puedan llegar a afectar a dicha persona.

## La solución aportada por la ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008

Como dijimos en su momento "el tema que examinamos es de notable importancia y su solución sobre el plano legislativo no puede soslayarse por más tiempo. Medio millón de uruguayos se hayan radicados en el exterior y debido a que nuestro país es un polo de atracción turística, numerosos extranjeros necesitan

diariamente concretar actos y contratos privados en nuestro territorio. Mientras tanto, cada profesional deberá adoptar una de las tres posiciones doctrinales existentes (poder verbal para enajenar o gravar bienes inmuebles, poder en escritura público o poder en documento privado con firmas certificadas) y defenderla para el caso de que la documentación elaborada en base a un poder proveniente del extranjero se vea atacada".

Esa luz que reclamábamos en el Número 2 de esta Revista se ha hecho, al aprobarse la ley No. 18.362 de 6 de octubre de 2008. Reproducimos el art. 291 para su mejor inteligencia

> *El negocio de apoderamiento para negocio de gestión solmene deberá otorgarse indistintamente por escritura pública o por documento privado con firmas certificadas notarialmente.*
> *Aquellos poderes que confieren facultades para otorgar negocios jurídicos solemnes y los registrales, que se otorguen por documento privado con firmas certificadas deberán ser protocolizados en forma previa o simultánea a su utilización.*
> *Si se omiten los requisitos a que se refiere el inciso primero, el negocio de gestión será válido pero ineficaz.*
> *El Registro no inscribirá negocios jurídicos en lo que haya actuado invocando poderes otorgados por documento privado con firmas certificadas hasta tanto no se acredite notarialmente su protocolización.*
> *Para los poderes provenientes del extranjero, de tratarse de documento privado, se exigirá la doble formalidad de certificación notarial de firmas en origen y posterior protocolización en nuestro país, y de legalización y traducción en legal forma, de corresponder.*
> *Los actos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este artículo, son eficaces aunque el poder utilizado, incluyendo los verbales, no se hubiere otorgado con la solemnidad requerida. Se exceptúan aquellos casos en los cuales haya recaído sentencia firme.*

De la lectura de la mencionada disposición no surge duda alguna: la polémica más que centenaria se ha zanjado definitivamente. ¿Bajo que términos? En primer lugar, deja de lado la admisibilidad de los poderes verbales para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, aun cuando convalida aquellos ejercitados antes de la vigencia de la ley. También, y como una cuestión de equilibrio ante la solución anterior, resultarán convalidados los poderes otorgados en documento privado –con o sin certificación de firmas- que hayan sido utilizados para el mismo cometido.

En segundo término, abandona la tesis sostenida invariablemente por el gremio notarial y respaldado por la autoridad del Profesor Gamarra de que el poder debe tener la misma formalidad que el negocio final. Pero ese abandono no es total, ya que permite una opción entre dos clases de formalidades extendidas en soporte escrito: la escritura pública o el documento privado con firmas certificadas. La formalidad mímica entonces más el escrito que la calidad del documento.

En tercer lugar, el poder proveniente del extranjero deberá ser protocolizado en nuestro país, por cualquier Notario, de un modo previo o simultáneo con el acto final autorizado.

Cuarto, el incumplimiento de estas exigencias no invalida el negocio final pero lo torna ineficaz.

Por último, cabe agregar que consideramos que no se halla derogado el Decreto del Poder Ejecutivo 175/992 de 5 de mayo, encargado de sustituir el art. 3 del Decreto 155/968 de 22 de febrero, que en su nueva redacción habilita a cualquier Escribano en actividad en la República a protocolizar el poder proveniente del extranjero. Luego establece que "en el caso de poderes que además deban surtir efecto en otro país, podrá protocolizarse en sustitución, un testimonio por exhibición expedido por el Escribano que haya de efectuar la protocolización, debiendo dejar nota de dicha protocolización al margen de los mismos. En este caso, en el acta de protocolización se dejará constancia de que la declaración del apoderado, que el poder será utilizado también en el extranjero." Si la situación es la inversa, o sea que el poder ya se protocolizó en el extranjero, el Escribano deberá protocolizar el testimonio de la protocolización extranjero, previa legalización y traducción en su caso.

Cabe destacar para agotar el análisis que todas las leyes anteriores quedan derogadas por la presente de acuerdo al art. 10 del Código Civil; a título de ejemplo la formalidad preceptuada para el poder para pleitos por el Código General del Proceso, el cual valdrá extendido en documento privado con firmas certificadas en el extranjero, legalizado y protocolizado, y la omisión de su protocolización no generará su nulidad sino su ineficacia. Ocurrirá lo mismo con los demás casos citados –incluso los contenidos en el Código Civil- y con aquellos consignados en leyes especiales cuya formalidad no coincida con la estipulada en la ley No. 28.362.

Lo expuesto entonces, muestra un panorama totalmente diferente, de apertura y confianza en la utilización de nuevas formalidades a ser controladas en los poderes provenientes del extranjero. Sólo cabe esperar que el aligeramiento en la formas no sea un obstáculo para su inalterabilidad y su bueno uso.

# CAPÍTULO 21

# ACTUACIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SOCIEDADES MERCANTILES

## Sección 1
## Actuación internacional de las personas jurídicas no mercantiles

Para realizar determinadas actividades donde el esfuerzo individual, los recursos económicos o el tiempo a invertir resultan insuficientes, las personas se han agrupado de una forma permanente, lo cual facilita sus objetivos. Los Estados han sido sensibles a esta realidad y esos agrupamientos han tenido el reconocimiento del Derecho, tanto en relación con sus actividades al interior de los mismos como en el ámbito internacional. El *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1989 fue el primer Tratado multilateral que reguló a estas entidades en el mundo. Le fue seguido en el continente por el *Código Bustamante* de 1928 y el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940. Fue la época de las grandes codificaciones omnicomprensivas, que cubrían un número importante de categorías y que tenían una vocación de perdurar en el tiempo. A partir del año 1975 comenzó una nueva etapa en la codificación regional donde se prefirió regular en cada Convención categorías específicas y se renunció concomitantemente a realizar nuevos esfuerzos para obtener una codificación que abarcara las categorías de todas las materias que tienen relación con nuestra disciplina. Fruto de ese esfuerzo hacia la regulación de categorías particulares, se aprueba en la C.I.D.I.P. II, de Montevideo de 1979, la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles.* [239]

El esfuerzo regulador interamericano no se detuvo en la última Convención citada sino que continuó el siguiente C.I.D.I.P. III, reunida en La Paz en 1984, donde fue aprobada la *Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado,* que consta de 17 artículos, donde se establecen normas sobre la personalidad y la actuación internacional de las personas jurídicas en general. Su aprobación fue la culminación de una serie de importantes etapas. El 24 de enero de 1979 el Consejo Permanente de la OEA agregó al proyecto de temario de la C.I.D.I.P. II entre otros temas, el siguiente: "Personalidad y capacidad en el Derecho Internacional Privado", para atender una solicitud del Comité Jurídico Interamericano que había preparado un proyecto de Convención sobre dicha tema para ser presentado a la C.I.D.I.P. II. La Secretaría General encomendó al Profesor Didier Opertti Badán la elaboración de un documento técnico sobre el referido tema. Si bien el proyecto inicial y el propio estudio del Profesor Opertti comprendían a las personas físicas y a las jurídicas, luego se limitó el alcance del proyecto específicamente a las personas morales y aún así recién en la C.I.D.I.P. III reunida en 1984 fue posible cumplir con el objetivo. [240] Seguiremos el orden cronológico de los

---

[239] Ver el comentario de dicha Convención en: Santos Belandro, Ruben. *Derecho Comercial Internacional.* Montevideo. 2008. Capítulo 10. *Las sociedades mercantiles*. p. 377-423.

[240] OEA/Ser.K/CP Res.265 (367/79). 24 enero 1979.

diferentes Tratados y Convenciones para analizar la actuación internacional de las personas jurídicas no comerciales.

# I
# Las personas jurídicas privadas

## El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889

La regulación de las personas jurídicas de naturaleza privada se encuentra situada en uno de los primeros artículos del *Tratado de Derecho Civil Internacional* de 1889. El art. 4 señala que

> *La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales.*
> *El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución, todas las acciones y derechos que les correspondan. (…)*

## Eficacia extraterritorial de la existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas

El mencionado Tratado así como todos los que ha ratificado Uruguay -agregando además, el apéndice del Código Civil- se han inclinado por admitir lo que se ha denominado territorialismo parcial respecto de las personas jurídicas y sociedades mercantiles. El reconocimiento de esa postura significa que en cuanto a la personalidad, existencia y capacidad, las personas morales tienen una existencia extraterritorial. Basta que se constituyan en un Estado Parte para que estos aspectos sean reconocidos en todos los demás Estados Parte. No será necesario, entonces, que la persona jurídica de derecho privado tenga que constituirse nuevamente en cada país a los efectos de acreditar su existencia. Su reconocimiento debe realizarse de pleno derecho –el Tratado utiliza el vocablo "plenamente"- sin otro control que el de los estatutos y la prueba de la aprobación de los mismos por autoridades judiciales o administrativas -si fuere el caso- o de su inscripción en un Registro llevado al efecto, y de la realización de las publicaciones necesarias si así lo exigiere la ley del lugar de su constitución. Indudablemente habrá que conocer las normas allí vigentes para determinar si realmente la persona jurídica privada ha cumplido los requisitos exigidos por el país de origen.

## Aplicación de la ley local a las actividades de las personas jurídicas privadas

Pero el art. 4 al que hemos citado en parte, continúa de la siguiente manera:

> *(…) Más para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.*

Al realizar una lectura completa del art. 4 advertimos que en la regulación de la actuación internacional de las personas jurídicas de derecho privado se aplicarán dos leyes en forma simultánea, pero sobre diferentes aspectos de las mismas. La ley del lugar de constitución para acreditar que la persona existe en el mundo jurídico. Y la ley del lugar donde realiza actividades para someter a estas últimas al derecho local.

De este modo se obtiene un fraccionamiento atenuado en la regulación de dichos entes. La ley "del país en el cual han sido reconocidas como tales" –que debe interpretarse como aquel donde la persona jurídica privada obtuvo su reconocimiento inicial, aquel reconocimiento que le permitió acceder a la vida jurídica- será por tanto única y de vigencia extraterritorial. Y la ley del lugar del ejercicio que necesariamente será múltiple si esta persona actúa en el ámbito internacional, porque los Tratados y Convenciones parten del

presupuesto que una persona moral al solicitar su reconocimiento en un Estado es porque va a realizar -y de hecho luego de tal reconocimiento efectivamente lleva a cabo- actos propios de su objeto. Entonces, al actuar extraterritorialmente, quedará sometida en cuanto a sus actividades que realice en el Estado de origen y a su personalidad a la ley de su reconocimiento inicial, y en cuanto a sus actividades en otros países a las leyes de estos últimos. Cabe insistir en este punto: lo que queda sometida al derecho local será únicamente la actividad y no su personalidad.

Por otro lado, cabe mencionar que basta que realice un solo acto "comprendido en el objeto especial de su institución" para que quede sometida al derecho local del Estado donde quiera actuar (criterio cualitativo). Ello implicará generalmente: fijar un domicilio local, designar un representante, establecer un capital, y cumplir con los controles registrales, publicitarios, fiscales, etc. que le imponga la ley de cada Estadio donde pretenda actuar cumpliendo su objeto específico. Tengamos en cuenta que el referido Tratado alude al "objeto especial de su institución" como condición para someterse al derecho local. Ello implica que si realiza actividades accesorias que no son ubicables en sentido estricto dentro de su objeto "específico" no será necesaria la sumisión al Derecho local. A título de ejemplo: podrá demandar y ser demandado, podrá participar en una sucesión de la que sea beneficiaria, podrá realizar propaganda de sus actividades; para todo ello quedará exenta de la sujeción al derecho local. Es lo que significa el segundo inciso 2 del art. 4 cuando expresa que "el carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan".

### El Código Bustamante de 1928

El Código Bustamante creó la Sección II para incluir en ella a las personas jurídicas estatales y privadas. Estas últimas fueron contempladas en los arts. 33 a 35. Allí se establece que la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley de su creación o reconocimiento inicial, al cual le da una eficacia extraterritorial. Pero no tiene normas relacionadas con el ejercicio de actividades en el extranjero de dichas personas. El art. 35 alude a la atribución de los bienes de las personas jurídicas que dejan de existir, y el art. 32 si bien determina que "el concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial" deducimos que lo que el artículo quiere decir es que cada Derecho local determina libremente los criterios para decidir cuándo una agrupación humana pasa a la categoría de persona jurídica.

### El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940

Podemos afirmar que este Tratado sigue la línea trazada por el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 en cuanto a admitir el fraccionamiento parcial de las personas jurídicas privadas, o sea, el reconocimiento extraterritorial de su existencia y capacidad y la admisión de la ley local para la realización de las actividades propias de su objeto. Pero los Congresistas en esta segunda oportunidad realizaron dos modificaciones que cabe señalar. La primera, que utiliza al domicilio como punto de conexión para acreditar la existencia y capacidad. Y en segundo término, recoge el criterio de la habitualidad para sujetar la actividad de estas personas al derecho local.

Puede sorprender la recepción del punto de conexión del domicilio para regular la existencia y capacidad de las personas jurídicas -y de hecho ello ha motivado extensos desarrollos de la doctrina nacional- por cuanto la regla de conflicto así diseñada instaura un verdadero círculo vicioso: la ley del domicilio determinará la existencia y capacidad de las personas morales pero éstas no podrán tener domicilio hasta

tanto no tengan existencia y capacidad. O dicho en otros términos: el domicilio es un aspecto posterior a la creación de la persona moral no anterior a su existencia. El objetivo de los Congresistas fue el de igualar la regulación de las personas morales con la de las personas físicas sin advertir la contradicción en la que incurrían. Para salir de este entuerto, se hace necesario interpretar el punto de conexión "domicilio" como aquél lugar donde la persona moral obtuvo su reconocimiento inicial, donde fue reconocida como sujeto de derecho. De tal manera que "ley del domicilio" equivale a "ley del lugar de constitución".

La otra variante a examinar es la recepción del criterio de la habitualidad. Veamos íntegramente el art. 4:

> *La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por las leyes de su domicilio.*
> *El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución, todas las acciones y derechos que les correspondan.*
> *Más, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intente realizar dichos actos.*
> *La misma regla se aplicará a las sociedades civiles.*

El inciso tercero del art. 4 apuesta a asegurarle una actuación extraterritorial con menores controles locales sobre la persona moral. Nos explicamos: en el Tratado de 1889 quedaba sometida a la ley del lugar de su constitución todo lo referido a la "existencia y capacidad" de las personas morales, si éstas querían realizar actos propios de su objeto aunque fuera uno solo, quedaban sometidas al Derecho del país extranjero donde quisieran actuar. Pero esta no es la solución en el Tratado de 1940, por cuanto las personas morales quedan sometidas a la ley originaria, tanto respecto a la existencia y capacidad –o sea, todo lo referido a su personalidad- sino también aquellos actos no habituales propios de su objeto específico que lleve a cabo en el extranjero. Únicamente quedarán sometidas al Derecho local extranjero las actividades propias del objeto específico de la institución cuando estas actividades llegaren a ser habituales. Existe un problema a resolver ¿cuándo existe habitualidad? Al respecto se han dado muchos criterios *de lege ferenda* –número de actos, proximidad de los mismos, importancia económica de la actividad desarrollada, extensión en el tiempo de una sola actividad, etc.- pero pensamos que únicamente podrá comprobarse si hay o no habitualidad en base al examen de las características del caso concreto, y ello sólo puede ser realizado por el magistrado internacionalmente competente.

## La Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado

Como ya hemos hecho mención, la presente Convención fue aprobada al finalizar la C.I.D.I.P. III, reunida en La Paz (Bolivia) el 24 de mayo de 1984. Desde un punto de vista metodológico combina la presencia de normas de conflicto clásicas con normas materiales. El art. 1 es de una textura muy especial por cuanto para definir qué se entiende por persona jurídica recurre a una definición material o sustantiva la cual necesariamente debe unirse a una regla de conflicto o formal. [241] El art. 1 dice así:

---

[241] "La personalidad de un ente colectivo envuelve un conjunto de problemas cuya solución debe confiarse a la ley reguladora de aquélla. Así, debe resolver: i) si el sujeto o entidad tiene una existencia independiente que le permite ser titular de derechos y obligaciones; o sea, si es o no persona jurídica; ii) cuáles son los órganos o personas que pueden obrar por la persona jurídica, o sea ejercer su capacidad de obrar; iii) qué forma deben revestir tales actos para que el fenómeno de la representación funcione debidamente. Lógicamente, otras varias cuestiones o puntos podrán ser también materia propia de la ley regulador. Por tanto, la enumeración precedente no pretende ser taxativa ni asaz amplia sino demostrativa de los aspectos que reputaríamos fundamentales". Opertti Badán, Didier. *Personalidad y capacidad en el Derecho Internacional Privado. Documento preparado para la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II). Consultoría Jurídica de la Secretaría General*. OEA/Ser.K/XXI. 2. CIDIP-II/18. 26 marzo 1979. p. 46.

> *La presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en los Estados Parte, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a los de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley de su constitución.*

El primer tramo del artículo no está revelando desde el comienzo que uno de los objetivos de la Convención es atender las reglas aplicables a la creación de estas entidades. Pero no deja librado totalmente al Derecho estatal designado por la regla de conflicto saber si estamos o no ante una persona jurídica, sino que ella se encarga de definir los elementos mínimos que deberá manifestar ese ente para que se le reconozca su personalidad. O dicho en otros términos: la Convención exige que la entidad que desee que se le reconozca personalidad debe tener "una existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores", a ello se le deberá agregar una calificación legal concordante proporcionada por la ley del Estado de su reconocimiento originario. [242] En suma, opera una doble calificación simultánea: convencional y legal. Estas precisiones son importantes, porque si unimos lo dicho con el art. 3, llegaremos a la conclusión de que únicamente pueden estar comprendidas bajo la letra y el espíritu de la Convención Interamericana las personas jurídicas privadas que hayan cumplido todo su *iter* constitutivo en el lugar de su reconocimiento inicial, debido a que el art. 3 considera que

> *las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados Parte.*

Se deduce de lo consignado que los agrupamientos irregulares -aquellos que no hubieren completado todo el trámite para su reconocimiento inicial- quedarán excluidos de las reglas de la Convención y no gozarán del privilegio tan importante que es el de su reconocimiento de pleno derecho como personas. Tanto porque estos agrupamientos no han logrado la separación del patrimonio y de la responsabilidad entre sus integrantes y la persona a la que aspira crear, como también en cuanto a que no están "debidamente constituidas" de acuerdo a la ley local de su reconocimiento inicial.

Ámbito de aplicación material de la ley del lugar de constitución. El objeto de la Convención Interamericana es amplio, en tanto está dirigida a regular la actividad de las personas jurídicas públicas, privadas, sociedades civiles, comerciales, asociaciones, fundaciones, con o sin fines de lucro, civiles, religiosas, científicas, de beneficencia, políticas[243], etc. Todas ellas deben someterse a la ley del lugar de constitución, la cual se halla expresamente definida en el segundo inciso del art. 2

> *Por "ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y de fondo requeridos para la creación de dichas personas.*

---

[242] "En doctrina se distingue entre existencia y capacidad de la persona jurídica, subdividiendo ésta a su vez, en funcional o específica y patrimonial; también existencia, capacidad accesoria y funcionamiento, etc. Para ciertos autores existencia y personalidad son la misma cosa, reafirmándose la idea de que el hecho de no poder actuar la persona jurídica fuera del Estado de constitución no equivale a negarle personalidad fuera de fronteras. El proyecto gramaticalmente recoge la distinción entre personalidad y capacidad, pero examinando el contexto de modo que haya entre todas sus disposiciones la debida correspondencia y armonía, consideramos que pueden ser asimiladas las nociones de personalidad y existencia. De acuerdo con esta última idea, el proyecto a estudio afirmaría nuevamente la noción de que la personalidad jurídica –asimilable a existencia- débese al acto original y, por tanto, es a la ley de constitución a la que cabe confiar tal otorgamiento formal. (…) El juicio que nos merece la fórmula del proyecto en lo que hace al empleo de la expresión 'personalidad y capacidad' es positivo ya que de acuerdo con él queda perfectamente claro que el otorgamiento de la personalidad y la fijación de los alcances de ésta, son dos cuestiones autónomas aunque íntimamente unidas; de ahí el acierto de confiar su regulación a la misma ley, la de constitución o registro". Opertti Badán, Didier. *Personalidad (…)* Op. cit. p. 49 y 51.

[243] "Pensamos que las entidades políticas en sentido amplio, que posean personalidad jurídica en el Estado donde se constituyeron, tendrían solamente alcance territorial –inhospitalidad absoluta, en la feliz expresión de Goldschmidt- en lo concerniente a su objeto o propósito específicos de empresa de opinión dirigida a obtener y ejercer el poder político en uno o varios Estados". Ibídem. P. 52.

Por lo cual no cabe duda alguna que la Convención sólo atiende la actuación internacional de las personas jurídicas correctamente constituidas –en cuanto al fondo y a la forma- de acuerdo a la ley del lugar de su constitución. Deberá accederse, entonces, a esta ley para saber si se han cumplido todos los requisitos formales y sustantivos que ella exige.

Por otro lado, el primer inciso del mismo artículo marca el ámbito de competencia de la ley del lugar de la constitución: la corresponderá regular todo lo relacionado con la existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión. Su competencia, por tanto, es amplia y su señalamiento aparece bastante claro. La única precisión a realizar es que cuando se hace alusión al funcionamiento, se tiene en cuenta el funcionamiento interno del ente, las relaciones entre los integrantes de la persona moral y de los diferentes órganos que la componen.

Reconocimiento de pleno derecho en cuanto a su personalidad. En esto el art. 3 sigue la línea tradicional aceptada por el Derecho uruguayo, por lo que no hay nada que observar al respecto. Se agrega algo que se encontraba subyacente en los Tratados de Montevideo, pero que ahora se explicita:

> *El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley de su constitución*

Hay sin embargo un posible recorte a su capacidad, por cuanto el último inciso del art. 3 expresa que en ningún caso la capacidad reconocida a las personas jurídicas privadas constituidas en un Estado, podrá exceder la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último. Posición concordante con el art. 3 *in fine* de la Convención Interamericana sobre sociedades mercantiles y, por la disposición final del art. 192 de la ley No. 16.060 sobre sociedades comerciales.

Aplicación de la ley local a las actividades que allí se realicen. Con el art. 4 se completa el régimen de extraterritorialidad parcial sustentada por nuestro ordenamiento jurídico vigente. El artículo mencionado consigna que "para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado donde se realicen dichos actos". Sólo cabe hacer dos acotaciones a lo dispuesto por el art. 4: en primer término, no alude al ejercicio "directo o indirecto" de los actos [244] como sí lo hace la Convención Interamericana sobre sociedades mercantiles, pero cabe pensar que la solución es la misma porque "donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete"; y en segundo lugar, se sustituye la expresión "objeto especial de su institución" propia de los Tratados de Montevideo, por la de "objeto social". En este último caso, la consecuencia es la misma, quedan excluidos del control de la ley local aquellos actos desempeñados por la persona jurídica ajenos al objeto social, como hemos aclarado precedentemente.

Si la persona moral tiene representante en el lugar de sus actividades en el extranjero, sobre éste recaerán las demandas y reclamos que se le hagan a la persona moral (art. 6). Esta solución se halla establecida en

[244] "Fue ampliamente debatido por las Delegaciones la conveniencia o no de incorporar la distinción entre ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto especial de la constitución de las personas jurídicas. Por las dificultades prácticas para calificar lo que es ejercicio directo e indirecto en cada caso, se consideró aconsejable la eliminación de la expresión "directo o indirecto". Asimismo, por similares razones no pareció aconsejable referirse, en el caso de personas jurídicas privadas a la habitualidad en el ejercicio de sus actos, siguiendo el criterio adoptado en la Convención sobre sociedades mercantiles aprobada en la CIDIP II." Informe del Relator de la Comisión I.

protección de los acreedores locales, con la finalidad de que no tengan que litigar en Estados lejanos, donde la persona moral fue originalmente reconocida.

Cláusula de compatibilidad. Debe sorprender el hecho de que haber aprobado dos Convenciones Interamericanas muy próximas en su objeto: en 1979 la de sociedades mercantiles y en 1984 la de personas jurídicas. Indudablemente que su radio de acción puede superponerse en algunas áreas. Para evitar este conflicto entre Convenciones la parte final del art. 1 consigna que "se aplicará esta Convención sin perjuicio de Convenciones específicas que tengan por objeto categorías especiales de personas jurídicas". De esta manera se soluciona el problema: si se trata de sociedades mercantiles, en primer lugar será de aplicación entre Estados Parte la Convención de 1979 sobre sociedades mercantiles, y la de 1984 únicamente podrá ser de aplicación para llenar las lagunas o vacíos que haya dejado la primera. De esta manera, el campo de cada una se encuentra claramente delimitado.

## II
## El Estado y las personas jurídicas de Derecho Público

El ejercicio del poder soberano del Estado sólo puede ejercerse dentro de las fronteras de su propio territorio, salvo ciertos derechos que le corresponden como persona de derecho internacional, como el derecho de legación. Pero el Estado también puede actuar como persona de derecho privado con sujeción a las reglas de derecho internacional privado aplicables al caso. El Estado juez y gendarme no existe en los hechos, porque es indispensable en numerosas ocasiones que desempeñe actividades comerciales, industriales, financieras, en aras del bien común, del interés general. Alfonsín destaca el hecho de que el Estado y su personalidad son indisolubles por cuanto "el Estado no puede existir sin ser persona jurídica, ni esta persona jurídica puede subsistir si se extingue el Estado." A partir de esta conclusión es posible distinguir al Estado de las restantes personas jurídicas estatales debido a que estas últimas sí requieren que el Estado les confiera la personalidad. Además destaca que "merced a su personalidad, el Estado es sujeto de su propio orden jurídico: sujeto de derecho público y de su derecho privado" [245]

El régimen de la extraterritorialidad parcial se aplica también a los Estados.

### El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889

La regulación de la actuación internacional del Estado se produjo tempranamente en el continente y fue el producto de la ratificación del presente Tratado, el cual contiene el art. 3 que se expresa de la siguiente manera:

> *El Estado, en el carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último.*

Consideramos que ese control o "conformidad" con el derecho local es a los efectos de la actividad que va a desarrollar, o sea a la actuación como persona de derecho privado.

Puede apreciarse además, que no hace alusión alguna a las personas jurídicas de derecho público. [246]

---

[245] Alfonsín, Quintín. *Sistema de Derecho Privado Internacional.* Montevideo. 1961. Vol. 1. p. 439. "la personalidad de derecho privado le es tan necesaria como la otra, pues sin ser persona de derecho privado, ¿cómo podría ser dueño de sus bienes, como podría adquirir cuanto necesita, cómo podría obtener empréstitos civiles?".

[246] "El silencio del Tratado no puede ser interpretado como una inclusión implícita, tanto más cuando ningún delegado manifestó nada al respecto. Las comunas, municipios y entes autónomos, etc., pueden no obstante, actuar en territorios extranjeros a través de la personalidad jurídica del Estado respectivo." Alfonsín Quintín. *Sistema (…)* Op. cit. p. 457.

### El Código Bustamante de 1928

Este Código también incluye al Estado para reconocerle una personalidad con vigencia extraterritorial. El art. 31 reza así:

> *Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local.*

Al igual que el Tratado de 1889 no amplía la regulación hacia las personas jurídicas de derecho público, es posible pensar que fue debido a que en la época en que entraron en vigencia no se sentía tanto la presencia extraterritorial de esta clase de personas morales.

### El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940

La redacción del art. 3 del Tratado de 1940 es más comprensivo, al incluir no sólo al Estado sino también a "las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras", con la misma solución que en 1889: "podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último". Es importante la ampliación de la referencia a las personas jurídicas derivadas del Estado ya que de esta manera se clarifica su tratamiento. En cuanto a su personalidad, tanto el Estado como las personas jurídicas de derecho público tienen asegurado por el Tratado de 1940, el reconocimiento extraterritorial de su personalidad. No cabe duda que respecto de estas últimas, se hará necesario el control de las normas legales mediante las cuales se le concedió la personalidad y la amplitud de la capacidad que se le otorgó, con la finalidad de confrontarlas con el acto que se quiera realizar.

### La Convención Interamericana de 1984

La Convención Interamericana ha seguido la misma política de incluir en el derecho internacional privado la actuación del Estado y de las personas jurídicas de Derecho Público. Para ello destinó el art. 7 que señala lo siguiente:

> *Los Estados Parte y las demás personas jurídicas de derecho público organizadas de acuerdo con la ley de un Estado Parte, gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados, con las restricciones establecidas por las leyes de estos últimos, en especial en lo que respecta a los actos jurídicos referentes a derechos reales; sin perjuicio de invocar en su caso, la inmunidad de jurisdicción.*

Por tanto, la Convención Interamericana obliga a los Estados ratificantes a reconocer "de pleno derecho" –automáticamente- la personalidad jurídica "privada" de todos los entes públicos. Sigue por tanto el mismo razonamiento de Alfonsín, de que el Estado posee dos personalidades: una pública y otra privada, y esta última es la que le interesa al derecho internacional privado. La personalidad, aún privada, debe serle reconocidas a éstos en forma automática, sin perjuicio de los controles de rigor. En la parte final del art. 7 se deja expresamente sometida a las prescripciones de la ley del lugar de situación de los bienes, todo lo atinente a la constitución de derechos reales. [247]

---

[247] "Desde un punto de vista estrictamente jurídico pensamos que un rápido examen del asunto nos lleva a concluir que siendo el Estado una de las llamadas personas jurídicas necesarias, de la cual se derivan otras personas colectivas dotadas de personalidad, no podría hallarse en situación más desfavorable que éstas en las esferas interna e internacional. Debe, en consecuencia, estar dotado de personalidad jurídica, ésta debe ser reconocida *ipso jure* y podría así ser actor o demandado, alquilar o comprar un bien para instalar oficinas diplomáticas, etc. Aún admitiendo que pudieran existir limitaciones estrictamente locales negándole al Estado la posibilidad de adquirir bienes fuera de fronteras, podría admitirse que ello es el corolario de una cierta posición en materia de aplicación de la *lex rei sitae* con relación a los extranjeros y no un derivado necesario de la idea que se tenga acerca del Estado extranjero como persona jurídica de derecho privado". Opertti Badán, Didier. *Personalidad (…)* Op. cit. p. 107.

## III
## Las personas jurídicas internacionales

La personalidad de que gozan estas entidades es supranacional: proviene de las normas de derecho internacional consuetudinarias o convencionales que les dieron origen, y por su propia naturaleza tiene eficacia en el territorio de los Estados con entera independencia de la ley territorial. Ningún Estado puede pretender por lo demás, regular dicha personalidad por sus leyes nacionales; las personas jurídicas supra estatales sólo dependen de las normas internacionales y en particular, de la constitutiva de la entidad." [248]

### La Convención Interamericana de 1984

El art. 8 culmina la regulación de las personas jurídicas atendiendo la peculiar situación que plantean las personas jurídicas internacionales creadas mediante Acuerdos interestatales o por organismos internacionales. No cabe duda que es un adelanto respecto de los Tratados anteriores y a esta altura parece ineludible su tratamiento en el derecho internacional privado. Su personalidad es reconocida extraterritorialmente entre los Estados Parte, tal como ocurre con las personas jurídicas de naturaleza privada. [249] El art. 8 dispone que

> *Las personas jurídicas internacionales cuya constitución haya surgido de un acuerdo internacional entre Estados Parte o de una resolución emanada de un organismo internacional, se regirán por las estipulaciones del convenio o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho privado en todos los Estados Parte, del mismo modo que las personas jurídicas privadas; sin perjuicio de invocar en su caso la inmunidad de jurisdicción.*

Resulta pertinente la postura de Opertti en cuanto a que "los sujetos creados por el acuerdo de los Estados tienen naturaleza pública. El proyecto se ocupa solamente de ellos, dejando fuera los de carácter mixto. En cuanto a los privados, quedarían dentro de las personas jurídicas privadas en general, ingresando en el tema de la llamada fusión o asociación de personas colectivas privadas de distintos Estados; ejemplo de esta último sería S.A.S (*Scandinavian Airlines Systems)* o la Flota Mercante Gran Colombiana, ambas producto de acuerdo de sociedades privadas de distintos Estados". Más adelante consigna que "este problema se vincula a la ley aplicable pudiendo según nuestra opinión comenzar a hablarse de un Derecho autosuficiente creado a través de la voluntad autónoma de estos nuevos sujetos de derecho y afianzado en la contratación de la que son partes, todo lo cual afinca en un orden jurídico que se sitúa a

---

[248] Merece incluir también la aclaración que realiza sobre el siguiente punto: "la personalidad jurídica de las entidades supra estatales padece dos limitaciones: 1) sólo las habilita para los actos que responden a su objeto, función o servicio; guardando las distancias puede afirmarse que la especialidad de ellas repercute sobre el alcance de la personalidad impidiéndoles obrar *ultra vires;* 2) sólo las habilita en el territorio de aquellos Estados a quienes obliga la norma constitutiva; la ONU, por ejemplo, no puede gozar de personalidad de derecho privado en el territorio de un Estado que no es miembro de la Organización, a menos naturalmente, que éste la consienta voluntariamente dentro de los límites que estime necesarios". Alfonsín, Quintín. *Sistema (…)* Op. cit. p. 453 y 454.

[249] "Al referirse el proyecto a 'las personas jurídicas formadas conjuntamente por Estados (art. 5), ello significa: i) que abarca a los llamados sujetos secundarios o derivados del acuerdo de dos o más Estados sin ningún tipo de discriminación; ii) que obviamente se trata de sujetos públicos en virtud del nexo que por su génesis mantiene con los Estados; iii) que esos nuevos sujetos se rigen por el derecho internacional público; iv) que tales sujetos gozan de personalidad jurídica independiente de la de cada uno de los Estados que los formó, con la posibilidad consiguiente de establecer sus propias relaciones con ellos u otros; v) que gozan de capacidad para actuar en otros Estados, "en conformidad a las leyes de este último. Podría decirse que respecto de estos nuevos cuerpos, que participan de muchos de los rasgos de los restantes sujetos del Derecho Internacional Público, aunque ofreciendo la particularidad de no arraigar en un solo Estado". Y da como ejemplos, La Comisión Técnico-Mixta de Salto Grande, la Comisión de la Cuenca del Plata, etc. Opertti Badán, Didier. *Personalidad (…)* Op. cit. p. 117.

medio camino entre el derecho etático tradicional y el derecho de gentes, como resultancia de la comunidad internacional, y mantiene estrecha comunicación con el sistema de autonomía de la voluntad. Las dificultades mayores para viabilizar un nuevo ordenamiento jurídico internacional a través de la vía convencional, vendrían de los vacíos o lagunas que inexorablemente habrían de producirse en él. Empero, tales lagunas colmaríanse en primer término 'in ordine', con los principios generales que informa el nuevo derecho de las sociedades y, subsidiariamente, con el derecho nacional referido por el estatuto en caso que lo hubiere. Si no existiera esta referencia (verbigracia Eurochemic) dice Goldman en el trabajo citado, los problemas podrían solucionarse por la vía de las negociaciones diplomáticas, sin necesidad de acudir a procesos puramente jurisdiccionales". [250]

La excepción de orden público internacional. Si bien está claro y es indiscutible que las personas jurídicas de derecho privado y las diferentes entidades estatales en cuanto a su personalidad de derecho privado tienen reconocida extraterritorialmente su personalidad, puede ocurrir que sobretodo las primeras tengan un objeto ilícito o sus estatutos contengan cláusulas leoninas absolutamente inadmisibles. Ante tal situación y a pesar de las diferentes reglas que hemos examinado -las cuales les reconocen una personalidad en forma automática- el Estado receptor de la persona jurídica privada extranjera podrá oponer la excepción de orden público internacional, impidiéndole que actúe en su territorio. En cuanto al Estado y las personas de derecho público, parece más difícil la ocurrencia de lo anotado precedentemente, pero si ello aconteciera, el proceder será exactamente igual: la exclusión de toda posibilidad de actuar en el Estado receptor. De todos modos, la excepción debe ser utilizada en el sentido más restrictivo posible, según la posición unánime de la doctrina al respecto.

Normas nacionales de derecho internacional privado vigentes en la región

La ley del lugar de constitución para el reconocimiento de la personalidad de las personas morales es admitida por la ley de derecho internacional privado de Venezuela (art. 20); Perú (art. 2073 C.C.) adopta el mismo criterio.

Proyectos de leyes de derecho internacional privado de la región

Los arts. 33 a 38 del proyecto uruguayo cubren la regulación de las personas jurídicas no comerciales. El art. 33 declara como ley aplicable a la existencia, naturaleza, capacidad, funcionamiento interno, representación, disolución y liquidación, la ley del lugar de su constitución que, de conformidad con las soluciones convencionales y legales, es considerado como aquél donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de tales personas. Su reconocimiento opera de pleno derecho, aún para la realización de actos instrumentales o accesorios a su objeto (art. 36).

En cuanto a la actuación que lleven a cabo en el país las personas jurídicas extranjeras de carácter habitual, sigue en general las normas establecidas por el art. 193 de la ley No. 16.060 de Sociedades Comerciales. Resulta dudosa la pertinencia de incluir nuevamente el criterio de la habitualidad en un texto normativo relacionado con las personas morales, debido a la dificultad de encontrar criterios compartibles por todos. Sería suficiente para considerar que la persona moral está realizando actos

[250] Ibídem. P. 120 y 121. Además agrega que "por consiguiente, en tanto que acto constitutivo original, el acuerdo puede establecer el orden jurídico al cual se sujeta el estatuto social, caso en el cual su aplicación no derivaría del imperio de sus normas sino de la remisión soberana del acuerdo. El orden jurídico referido puede ser o no el de alguno de los Estados involucrados (…) En caso de referencia al Derecho de un Estado –el de la sede social por ejemplo, como sucede en el caso de EUROFIMA (Suiza), éste rige en cuanto no se halle modificado por el estatuto convencional."

habituales comprendidos en su objeto social, el hecho de que tenga establecimiento en el país o una representación permanente.

El art. 35 impone el reconocimiento de pleno derecho de las personas de derecho público extranjeras, sin perjuicio de la sumisión a las leyes de nuestro país.

El proyecto argentino divide el tratamiento de las personas jurídicas en aquellas de derecho público (art.51), y las de derecho privado y sociedades (arts. 52 a 62). A las primeras se les reconoce personalidad extraterritorial de Derecho privado, "pero para la realización de actos que importen el ejercicio de sus funciones propias o los servicios públicos que tienen a su cargo, deberán obtener el consentimiento de las autoridades locales y someterse a las leyes territoriales". En tanto las segundas se regulan por la ley del lugar de su constitución en cuanto a su personalidad jurídica (art. 52) y para las personas jurídicas de derecho privado que deseen realizar actividades en Argentina deberán someter dichas actividades al Derecho de ese país (art. 54). Presta atención además, a la fusión de sociedades en el art. 61.

## Sección 2
## El régimen de las sociedades mercantiles que actúan en el extranjero

A poco que nos introduzcamos en el estudio del derecho societario nos encontramos en presencia de una doble faceta que rodea a las personas morales. Las sociedades mercantiles específicamente, constituyen hoy día el instrumento indispensable para el acometimiento de grandes emprendimientos que requieran concentración de capitales, una actividad de largo aliento y la reunión de los esfuerzos de muchas personas físicas. También, dichas sociedades se presentan como la forma más conveniente para la actuación de las grandes empresas internacionales, ya sea como productoras, vendedoras, consumidoras o transportadoras. Cuando un Estado necesita un aporte de capitales, dispondrá de medidas para favorecer su expansión. Pero, estos entes pueden adquirir tal envergadura que signifique una amenaza directa al poder soberano de los propios Estados en los cuales actúan o quieran hacerlo. En este caso, la estructura estatal deberá actuar, para someter a las sociedades a determinadas reglas que aseguren la libertad de todos los individuos y el crédito público.

Otro fenómeno característico de las sociedades mercantiles, es la posibilidad que tienen de realizar una dispersión de sus órganos en una forma imposible de verlo en las personas físicas. Las sociedades pueden haberse constituido en un Estado, tener su órgano administrador en otro, las asambleas sociales pueden realizarse en un tercero y el organismo fiscalizador estar ubicado en un cuarto y así sucesivamente. Igualmente, desde el punto de vista de su ejercicio, su actuación puede desarrollarse ya sea directamente o a través de agencias, sucursales o filiales. Por lo tanto, más de un Estado se encuentra en contacto con la sociedad mercantil.

### Convenciones internacionales vigentes en la región

La adopción de un territorialismo moderado. Nuestra región cuenta desde hace más de un siglo con reglas de conflicto convencionales que permiten el tránsito jurídico de una sociedad creada en un Estado Parte del Tratado hacia otro Estado Parte, para realizar actividades propias de su objeto específico. El *Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo* de 1889, vincula a Argentina,

Paraguay, Perú y Uruguay en sus relaciones con Bolivia y Colombia. Hoy, el *Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo* de 1940, ha sido desplazado por las normas provenientes de la *Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles* aprobada en la C.I.D.I.P. II, reunida en Montevideo en 1979, debido a que ha sido ratificada por Argentina, Paraguay y Uruguay.

Ninguna de estas Convenciones resulta totalmente satisfactoria en un mercado de integración económica puesto que se utiliza el método denominado de conflicto de leyes que se dirige a designar la legislación aplicable o el juez competente, sin ahondar en la obtención de un derecho uniforme o, al menos, en una aproximación de las legislaciones. Sin variantes mayores, tanto el Tratado de Montevideo de 1889, como su similar de 1940 o la Convención Interamericana de 1979, plantearon el reconocimiento de un doble régimen jurídico a aplicar cuando la sociedad comercial ultrapasa el lugar de su nacimiento con su actividad específica.

La adopción de un territorialismo moderado permite resolver en una forma racional, los conflictos de leyes que puede suscitar la actuación extranacional de las sociedades mercantiles. Este territorialismo moderado permite la defensa del particularismo de cada legislación aunque conciliable con el concepto mismo de sociedad y con las necesidades del comercio internacional. Para asegurar un buen funcionamiento extraterritorial de la sociedad se impone asegurarle a su estatuto jurídico el máximo de unidad en el tiempo y en el espacio, afirmación que conduce a aceptar que la ley de la sociedad posee un campo de aplicación extranacional. Pero al mismo tiempo, en la medida en que el Estado receptor juzgue que es necesario un control sobre las sociedades extranjeras que realicen operaciones sobre territorio se vuelve necesario someterlas a su propia ley, produciéndose una intromisión de dicho Estado en el régimen jurídico societario, generalmente a través de las leyes de policía y seguridad.

En suma, la actitud dependerá de la situación del Estado desde el punto de vista comercial e industrial. Si el Estado tiene necesidad de la actuación de sociedades extranjeras por la carencia de agentes de producción, hará prueba de una gran liberalidad. Si por el contrario, teme la competencia extranjera en relación con las sociedades nacionales, adoptará una solución inversa para desalentar el ingreso de las sociedades foráneas. Los principios de política económica a los que se adhiera también ejercerán su influencia: una política de dirigismo respecto de las sociedades nacionales entrañará por vía de consecuencia, un control estrecho de las sociedades extranjeras, retornándose al territorialismo.

Por todos estos motivos se ha reconocido a la *lex loci* como expresión de un territorialismo moderado. Esta ley presenta la ventaja de constituir la base de un principio de competencia legislativa no fundada sobre la situación del juez competente sino sobre la situación de la relación jurídica privada extranacional, o sea, sobre el lugar de ubicación de la sociedad. La flexibilidad del territorialismo moderado se basa, ante todo, en el hecho de defender la permanencia y la unidad del estatuto jurídico de la sociedad, el cual sólo admitirá una restricción cuando la sociedad quiera actuar en el extranjero.

De lo expuesto surge que fue paulatinamente afirmándose la idea de que las personas morales en general, cuando ultrapasan el ámbito del Estado de su constitución, se encuentran sometidas a un doble régimen, los cuales no se anulan entre sí sino que deberán coexistir. Uno de ellos deberá ser, el régimen legal establecido por el Estado en el cual la sociedad o persona moral ha nacido (Estado de origen). Y el otro,

deberá ser aquél donde la sociedad o persona moral donde ejerce las actividades propias de su objeto (Estado receptor).

¿Las sociedades mercantiles se fragmentan? Al examinarse la situación, podría pensarse que en tales casos, se opera una fragmentación o desmembramiento de la personalidad jurídica. En realidad, la persona moral no se fragmenta, si por tal debe entenderse la división de un todo en partes autónomas. O sea, la división de su personalidad en otras tantas. Se trata indudablemente del mismo sujeto de derecho el que se encontrará subordinado para ciertos actos a un derecho distinto del de su creación. En definitiva, cuando se alude a que la persona jurídica está sometida a una fragmentación, no hacemos referencia a una división de su personalidad sino a una coexistencia reguladora de más de un orden jurídico sobre el mismo sujeto de derecho.

Coexistencia de regímenes jurídicos. Por tanto, cuando la sociedad expande sus actividades más allá del Estado que la consideró como existente en el plano jurídico, se hallará sometida a un doble régimen legal: el del Estado donde fue creada y el del Estado donde quiera actuar. Estos regímenes no se superponen sino que deben coexistir. Debido a lo cual, resulta indispensable determinar con la mayor precisión posible cuál es el ámbito que le corresponde a cada uno y por ende, los límites respectivos.

Amplio o restringido, el régimen legal concedido a la persona moral en el Estado de origen, será permanente y continuo. Regirá a la sociedad en cualquier lugar en que ella actúe y tendrá en consecuencia, las características de la extraterritorialidad. En cambio, el régimen legal determinado por el Estado de acogida de la persona moral será, por su parte, específico y territorial. Y en consecuencia, mutable e intermitente, en la medida en que la sociedad comercial extranjera actúe hoy en un país, luego en otro y así sucesivamente. El profesional que actúe en el Estado receptor, deberá consultar por lo tanto, *simultáneamente* a dos regímenes jurídicos: para ciertos aspectos societarios al Estado de creación de la entidad moral, para algunos otros deberán acudir al Estado donde ella desea actuar.

## Régimen legal aplicable a la existencia, a la capacidad, a la identificación y a la disolución de la sociedad extranjera

a) La existencia de la sociedad mercantil. ¿A qué ordenamiento jurídico debemos conectar a una sociedad para determinar si ella existe? El art. 1 de la Convención Interamericana establece que

> *La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por ley del lugar de constitución, se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades*

El art. 3 completa el régimen, afirmando que

> *Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados*

De lo expuesto se desprende que la Convención se adhirió a la teoría de la incorporación que conecta a la sociedad al Estado donde se cumplieron las formalidades necesarias para que ella adquiriera la personalidad moral. El derecho británico por ejemplo, hace depender la existencia de la sociedad de su "incorporación" al Registro, aún cuando su sede real se encontrare en otro Estado. Esta teoría sin embargo, no debería ser aceptada en un estado puro, puesto que permitiría la constitución de sociedades en Estados cuyos órdenes jurídicos se contentan con formalidades sumarias, exigiendo un aporte de capital muy modesto o restringiendo a límites ridículos la responsabilidad de los fundadores,

administradores o liquidadores, o instituyendo disposiciones leoninas del poder de representación de la sociedad, o igualmente, permitiendo la elaboración de contratos sociales *pro forma* y a distancia.

Orden jurídico encargado de calificar la presencia de la personalidad moral de las sociedades mercantiles. El legislador puede otorgar competencia a la ley del Estado del lugar de constitución para determinar los requisitos y el momento de adquisición de la personalidad moral. O, puede suceder que la propia norma del Tratado lo determine. La Convención Interamericana opta por la primera solución, o sea, que debe ser el orden jurídico del lugar de su constitución el que deberá determinar cuándo estamos frente a una sociedad mercantil. Esta solución presenta el inconveniente que la noción "personalidad moral" variará según los países. Por ese motivo, hubiera sido sumamente oportuno y útil que el propio Tratado hubiera determinado —como lo hizo la *Convención concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras* suscrita en La Haya en 1956— cuándo existe personalidad, con prescindencia de los conceptos manejados por los diversos órdenes jurídicos internos sobre el punto. El art. 1 de la Convención últimamente citada determina que

> *La personalidad jurídica adquirida por una sociedad, asociación o una fundación en virtud de la ley del Estado contratante donde las formalidades de registro o de publicidad ha sido cumplida y donde se encuentra la sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los otros Estados contratantes, con tal de que ella comporte, además de la capacidad de comparecer en juicio, al menos la capacidad de poseer bienes y de celebrar contratos y otros actos jurídicos.*

Como puede apreciarse, es el propio texto supranacional el que está determinando los atributos que le parecen indisociables en la noción de la personalidad moral. Lamentablemente la Convención Interamericana ha perdido la oportunidad de efectuar una precisión semejante. Esta situación puede engendrar un conflicto de calificaciones cuando la ley de la constitución considere que no existe personalidad moral en un caso dado y en cambio se considere que existe por parte de la ley del lugar del ejercicio, al aplicar éste sus normas imperativas en protección de los terceros contratantes de buena fe. O viceversa. La norma convencional simplifica en demasía las situaciones, propiciando en los hechos soluciones territoriales.

Del art. 1 no surge, como se ve, que la Convención imponga el cumplimiento de determinadas formalidades específicas de registro o de publicidad. Esta exigencia quedará reservada al derecho interno del Estado de su constitución, el cual establecerá tanto las condiciones de fondo para dicha constitución, como las formalidades necesarias para dar lugar al nacimiento de la personalidad moral, así como para hacerla oponible a terceros. Por tanto, esta ley determinará si la sociedad debe ser constituida con un capital mínimo, si el capital inicial debe estar totalmente integrado y en qué medida una vez integrado debe ser liberado. Si es lícito o no realizar aportes en industria, en elementos incorporales como patentes, o el aporte de créditos sobre la misma sociedad. Si la sociedad debe constituirse en un único lapso de tiempo o si debe seguirse un proceso que comporte actos jurídicos sucesivos. Si debe ser confeccionada con intervención notarial o mediante un control administrativo o judicial. Si hay necesidad de proceder o no a la realización de publicaciones comunicando al público dicha constitución y en caso afirmativo, las modalidades de las mismas. Si la sociedad tiene o no una capacidad limitada al objeto social o tiene una capacidad *ultra vires*. Las personas u órganos que la dirigirán. El alcance de la separación de los patrimonios y si los terceros pueden actuar contra el patrimonio social y/o el de los socios.

b) La calificación como sociedad civil o comercial y el tipo societario. A la ley del lugar de constitución le incumbe la tarea de calificar a la sociedad que se ha creado como sociedad civil o como comercial, en aquellas legislaciones que realizan esta distinción. Y además, una vez calificada como sociedad mercantil, la identificación de la tipología jurídica dentro de la que va a estar ubicada. O sea, si se la va a considerar como sociedad anónima, de responsabilidad limitada, etc. La falta de coincidencia en la identificación de la tipología social entre las legislaciones del lugar de constitución de la sociedad y aquél donde quiere actuar puede traer graves problemas que veremos más adelante cómo se resuelven.

c) La capacidad. El art. 2 de la citada Convención le atribuye igualmente competencia a la ley del lugar de constitución de la sociedad para determinar su capacidad. Si la sociedad quiere actuar en el ámbito internacional surgirán inevitablemente desajustes entre la medida de la capacidad otorgada por la ley del lugar de constitución y la concedida por la ley del Estado receptor en cuanto a las sociedades de igual tipo. Ha sido un problema muy debatido, resolver si las sociedades constituidas en el extranjero gozan o no de una capacidad general. Pueden plantearse dos situaciones respecto de este problema.

i) *Reconocimiento de una capacidad más amplia en el Estado de origen que en el Estado receptor*. En primer lugar, que la sociedad tenga una capacidad más amplia en el Estado de origen que la concedida por el Estado receptor. Según el inciso final del art. 3:

> *En ningún caso, la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último*

ii) *Reconocimiento de una capacidad más restringida en el Estado de origen que en el Estado receptor*. En segundo lugar, puede suceder que la sociedad tenga una capacidad más restringida en el Estado de origen que aquélla que le acuerdo el Estado receptor. ¿En este caso, deberíamos inclinarnos por la *lex loci* reconociéndole una capacidad amplia y deformando, de este modo al contrato inicial, lo que equivaldría a desautorizar la competencia de la *lex constitutionis*? Según nuestro criterio, la sociedad no puede apartarse en este aspecto de lo establecido por la ley del lugar de su constitución. Si así lo hiciere, no sería oponible en el orden jurídico constitutivo en cuanto a lo actuado, y estarían igualmente sujetas, en principio, al régimen de nulidades de dicho orden.

d) El funcionamiento. La ley del lugar de constitución de la sociedad, tiene competencia además, para regular el funcionamiento de la sociedad. Durante el transcurso de la Conferencia se discutió intensamente el alcance de la expresión “funcionamiento”. El delegado de Uruguay consideró que con dicho término se aludía al funcionamiento interno del ente, a las relaciones de los socios entre sí y a las de los socios con sus administradores y representantes y al relacionamiento interno de la casa matriz con las sucursales afincadas en el exterior. Este concepto fue compartido por la gran parte de las restantes delegaciones. El funcionamiento interno hace referencia también, a la participación de los socios en la sociedad: qué órganos deben integrarla y cuál deberá ser el rol de cada uno de ellos (poderes y facultades) y la necesidad de la existencia o no de órganos de contralor o de fiscalización. El derecho de los socios se encuentra íntimamente vinculado con el contrato social, éste determinará si pueden participar en decisiones colectivas, en la distribución de las utilidades y de las pérdidas, en la posibilidad de disponer de sus títulos, lo que pueden entrar en conflicto con el criterio *locus regit actum.*

e) Las modificaciones al contrato social. La competencia de la ley del Estado de constitución deberá extenderse a cualquier modificación del contrato social.

f) La disolución. Igualmente es competente para regular a la disolución de la sociedad. Se ha entendido por parte de la doctrina —posición compartida por el derecho positivo— que el Estado que le dio la vida a la sociedad debe ser el encargado de quitársela o de regular su extinción.

g) El régimen de las nulidades. Otra cuestión que es muy importante y que generalmente se pasa por alto, es el régimen de las nulidades que caen dentro del ámbito de la misma ley. Si se trata de un régimen muy severo al respecto, entrará en colisión con aquellos ordenamientos jurídicos que disponen que en materia societaria no existen nulidades absolutas. No debemos dirigir nuestra vista al orden jurídico de actuación de la sociedad sino a aquél donde se constituyó el ente. Todo esto tiene un sentido: es deseable que la sociedad permanezca sometida a la misma ley a todo lo largo de su existencia, tanto en el interés propio como en el de los terceros. Ese reconocimiento de principio, no impide que en ciertos casos y excepcionalmente, se le dé competencia a la *lex loci*, también por razones de interés general.

## Reconocimiento de pleno derecho

En todos estos aspectos reseñados, el reconocimiento de la sociedad operará de plano o *de jure*. La consagración de este principio, implica la no-admisión de cualquier condicionamiento o autorización o cualquier otra sujeción a la ley del lugar donde la sociedad quiera actuar. En cuanto a su constitución, se entiende. Volviendo al art. 3 éste afirma que

> *Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado Parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados*

El Estado receptor deberá conformarse, por tanto, con exigir las pruebas constitutivas de la personalidad del ente, finalizando ahí su función, sin poder exigir otro requisito adicional, ni pretender asumir actitudes de revisión. El término "de pleno derecho" equivale a un reconocimiento efectuado de una forma automática. El reconocimiento *ipso iure* de la sociedad no imposibilita, sin embargo, el estudio de los estatutos con la finalidad de examinar si coluden con el orden público internacional del país receptor.

¿Qué es lo reconocido "de pleno derecho"? El reconocimiento "de pleno derecho" hace referencia a la personalidad moral del ente. Queda fuera, lo relativo al ejercicio de la actividad, sobre cuyo aspecto si lo desea, el Estado receptor puede asumir ingerencia.

## Régimen aplicable al ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social

Regulación de la actividad de la sociedad mercantil. Habiéndose examinado el primer tema que es el del reconocimiento de la personalidad moral de las sociedades mercantiles, queda por dilucidar el otro también de igual importancia, que es el de determinar cuál es la ley aplicable a dicho ejercicio. Al respecto, el art. 4 determina que

> *Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren*

Como lo expresó en su momento el delegado de Uruguay, se estableció en esta norma "una barrera de contención" por parte del Estado receptor, para el caso de que la sociedad extranjera quiera realizar actos propios de su objeto en dicho Estado. En este caso, la legislación interna de cada país podrá abrirse, cerrarse, disminuir o controlar la actividad extranjera. Por el poderío económico que pudieran detentar

dichas entidades, se reconoció que era necesario poner alguna limitación. Puede surgir alguna duda acerca del alcance de la expresión "ejercicio directo o indirecto" de los actos comprendidos en el objeto social. Dicho giro expresivo alude a los casos en que la propia sociedad realiza los actos propios de su objeto en una forma directa —por la propia casa matriz o por medio de la creación de sucursales— como también a través de los representantes contractuales o de las filiales.

## Requisitos impuestos por la ley uruguaya para el ejercicio de las sociedades extranjeras en el país

La Vista Varela. ¿Qué les exige el orden jurídico uruguayo a las personas morales que intentan realizar actos de su objeto específico en forma regular? Nuestro país no tenía normas legales al respecto. Las exigencias de un control de las personas morales extranjeras surgieron de una práctica inveterada a partir de una Vista Fiscal del Dr. José Pedro Varela a comienzos del siglo XX. En ella, el mencionado Fiscal expresaba que era inconveniente exigir una coincidencia absoluta de los estatutos de la persona jurídica extranjera con el orden jurídico uruguayo puesto que "si el Gobierno pretendiese que los estatutos sociales fuesen perfectamente conformes al Código oriental, haría imposible el establecimiento en el país, de agencias o sucursales de sociedades extranjeras, perjudicando así grave e inútilmente los intereses comerciales o industriales del país o, de lo contrario, tendría el Gobierno que limitarse a aprobar los artículos (de los estatutos) conforme a la legislación nacional y dejar sin aprobación los demás, lo que en definitiva, equivaldría a no aprobar nada".

A juicio del citado Fiscal, para permitir la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales extranjeras no era necesario "la aprobación de sus estatutos, bastando al Poder Ejecutivo saber cuál es el fin que se proponen, las garantías que ofrecen para los actos que celebren en el país y *el sometimiento de esos actos en un todo, a las leyes que aquí rigen,* sin perjuicio que se registren y se publiquen los estatutos conforme lo dispone el art. 407 del Código citado". Y en la parte final de la Vista reitera que "debe entenderse, no obstante, que el representante de la compañía queda obligado a cumplir lo dispuesto por el art. 407 del Código de Comercio y que la compañía quedará sujeta a la legislación del país para todos los actos que celebrare o que hayan de tener efecto en la República".

Exigencias de hoy. La práctica jurisprudencial fue seguida de una manera ininterrumpida a todo lo largo del S. XX y finalmente fue recogida en la parte final de art. 193 de la nueva ley sobre sociedades comerciales Nº. 16.060, al establecer que cuando la sociedad mercantil extranjera se propone el ejercicio de los actos comprendidos en su objeto social, deberá cumplir con los siguientes requisitos: la inscripción del contrato social en el Registro Público y General de Comercio, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o que la representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por ley. Deberá efectuar asimismo, las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país según el tipo social. Por su parte, el art. 194 de la mencionada ley dispone que las sociedades que establezcan sucursales u otro tipo de representación permanente deberán llevar contabilidad separada y en idioma español y someterse a los controles administrativos que correspondan. En suma, cuando una sociedad mercantil extranjera quiera realizar actividades en el Uruguay no tendrá que redactar nuevamente sus estatutos sino simplemente constituir domicilio en el país, designar un representante,

cumplir con las exigencias registrales y de publicidad e inscribirse en los organismos impositivos —por ejemplo, en la Dirección General Impositiva— y en los organismos de previsión social —verbigracia en el Banco de Previsión Social, en las Cajas de Asignaciones Familiares, Instituto de Trabajo, etc.—. Si la sociedad mercantil extranjera se ha constituido correctamente en su Estado de origen y realiza actos propios de su objeto en nuestro país sin someterse a las exigencias impuestas por nuestra legislación y enumeradas precedentemente, la sociedad no se hallará afectada en su personalidad moral —porque esto es un punto a regular por la ley de origen— y el acto o contrato tampoco será nulo. Las partes actuantes asumirán las consecuencias de sus incumplimientos o de la violación de las reglas sociales y de previsión social, pero nada más.

Actuación a través de sucursales. Las sucursales de las sociedades extranjeras se someterán al derecho interno del lugar del ejercicio en lo referente a su actividad. Dichas sucursales forman con la casa fundadora un único sujeto de derecho, por lo que el régimen legal impuesto por el Estado de su constitución atiende todos los problemas relacionados con la existencia y disolución, como también a todas las cuestiones de funcionamiento interno que se planteen entre la casa matriz y la mencionada sucursal. La Convención Interamericana no hace una referencia expresa a las sucursales, pero dada la amplitud de redacción del art. 4 permite incluirlas en el régimen de la ley del Estado receptor en cuanto a la actividad desarrollada por ellas.

Actuación a través de filiales. La filial es jurídicamente independiente de la casa matriz. Su sujeción puede ser económica o directiva. Si la filial es extranjera, tendrá el mismo tratamiento que la casa matriz cuando intente actuar en un tercer Estado. Si se creó en un Estado determinado se la considerará como una sociedad nacional más para las actividades allí desplegadas. El art. 4 expresa además que

> *La misma ley (o sea la del Estado donde realizaren actos comprendidos dentro del objeto social) se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado*

La mencionada norma cubre los casos de algunas sociedades que no tienen otro objeto que el de ser dueñas de otras sociedades, encontrándose consagradas a la gestión de un portafolio de títulos. Muchos ordenamientos jurídicos las han considerado como factores de organización de una determinada rama de la producción al permitir la racionalización de la misma. Pero se ha advertido que muchas veces dicho proceso se encuentra acompañado de prácticas reprochables como, por ejemplo, las de arruinar a una sociedad para adquirir sus acciones a buen precio y luego reflotarlas. La citada Convención las somete a la ley del Estado territorial. Lo sometido es "el control" de la sociedad mercantil extranjera. No cubre por supuesto, los aspectos de su personalidad moral que gozan de un estatuto extraterritorial.

## Sociedades de un tipo desconocido en el Estado receptor

La Convención nada establece acerca del caso en que la sociedad mercantil constituida en el extranjero sea de un tipo desconocido en el Estado receptor. Al respecto hay que recurrir a la *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado,* aprobada en 1979 en Montevideo, la que en su art. 3 establece que

> *Cuando la ley de un Estado Parte contenga instituciones o procedimientos esenciales para su correcta aplicación y esas instituciones o procedimientos no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos*

La Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay, en vigor desde el 4 de septiembre de 1989 contiene en la Sección XVI titulada *De las sociedades constituidas en el extranjero,* el Capítulo I que en el art. 195 afirma que

> *los artículos precedentes se aplicarán a las sociedades debidamente constituidas en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República, con las modificaciones siguientes. Cuando establezcan una sucursal o representación permanente, la inscripción y publicación, la responsabilidad de los administradores que se designen y los controles administrativos a que estarán sujetas, se regirán por las normas de las sociedades anónimas*

Es el régimen que rige prácticamente en todos los países del MERCOSUR.

## Casos de disociación de la sede consignada en el lugar de constitución con la sede efectiva

Puede suceder que la sociedad mercantil se constituya en un país pero para funcionar en otro en forma exclusiva. Ello puede comportar una actitud *in fraudem legis* como sucede con las *tax haven corporations.* Esto es, sociedades que a menudo se constituyen en un país con el único objeto de eludir el pago de los impuestos de otro, acogiéndose a la legislación más favorable aunque sin un contacto sustancial con dicho país. Tanto los Tratados de Montevideo de 1889 como los de 1940 entendieron que la sociedad que era reconocida por el Estado de origen debía realizar *además* en dicho país, los actos propios de su objeto. Fue una muy dura batalla librada por la delegación uruguaya frente a la posición impulsada por la delegación argentina la que en las dos oportunidades sostuvo que lo importante era que la sociedad tuviera en el lugar de su constitución la sede de la administración central aún cuando no ejerciera efectivamente allí las actividades propias de su objeto.

Al reconocer la Convención Interamericana la teoría de la incorporación y al someter a la ley del lugar de constitución el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo requeridos para la creación de dichas sociedades deja ilógicamente sin respaldo a la tradicional postura uruguaya. Desconoce de este modo, el centro de gravedad de la relación jurídica internacional, puesto que el orden social, jurídico y económico más afectado es aquél donde la sociedad desempeña actos propios del objeto específico. Es más, parecería inclinarse por acoger en definitiva a la posición argentina, puesto que a sugerencia del delegado de dicho país, el Dr. Antonio Boggiano, el art. 5 especifica que

> *Las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último*

Ante la constatación de la disociación entre la sede del lugar de constitución y la sede efectiva de su administración central, la Convención parece no permitir ya, la existencia de un doble régimen legal aplicable al mismo sujeto jurídico sino que la entidad societaria podría ser totalmente "capturada" por el orden jurídico del Estado receptor y tratada como una sociedad nacional más. El viejo Código de Comercio argentino contiene el art. 286 que establece que

> *Las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta o que tengan en la misma su directorio central y la asamblea de socios, serán consideradas para todos sus efectos, como sociedades nacionales sujetas a las disposiciones de este Código*

La doctrina argentina se interrogaba si en tal caso deberían redactarse nuevos estatutos. En su momento se consideró que la sociedad constituida en un país extranjero se debía regir en cuanto a su forma y a las obligaciones y derechos de los socios entre sí, por las leyes del país de origen, pero los actos celebrados

en el país que la vinculen con terceros deberán armonizarse con la ley nacional. Se agregaba que al referirse el art. 286 a sociedades "constituidas" en el extranjero, mal podría exigirse que se constituyan en el Estado receptor.

En cuanto al posible fraude a la ley, debemos decir que ciertamente se configurará cuando la sociedad se constituye en un país para actuar en forma inmediata o luego de un plazo razonable, en otro país. Pero no, cuando la sociedad lleva ya 15 ó 20 años de constituida. Además, el fraude a la ley debe ser probado por la parte que lo alega. Y de producirse, deberá acudirse para actuar dentro de los parámetros expresados por la reserva-interpretación del fraude a la ley emitido por Uruguay, al momento de celebrarse la *Convención Interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado* de 1979. La reserva se impuso con la finalidad de restringir al máximo posible el eventual ataque a la solución proporcionada por la regla de conflicto convencional, en base al "acendrado espíritu americanista" que caracteriza a Uruguay. En tal sentido, sólo se admitirá el fraude a la ley cuando se ataquen los intereses del Estado y no cuando se afectan intereses exclusivamente particulares. La finalidad de la excepción es enderezar lo que se torció porque se utilizó maléficamente el punto de conexión reconocido por la regla de conflicto. En suma, será el orden jurídico del Estado donde quiera actuar la sociedad, supuestamente burlado, el que deberá optar entre avalar el contrato social —en cuanto puede encontrarse en un todo conforme con lo prescripto por el derecho interno de ese país— o realizar las modificaciones que atenten contra las normas de orden público interno. Aceptación o modificación, en ningún momento nueva redacción. Es el único caso donde la ley del lugar de actividad de la sociedad constituida en el extranjero, puede decidir sobre la constitución y sobre la actividad.

## Normas procesales

El art. 6 consigna que

> *Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social, quedarían sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde la realizaren*

De esta forma se consagra un paralelismo entre *forum* y *ius* en cuanto los jueces del lugar donde la sociedad ejerce los actos propios de su objeto específico serán competentes para dirimir los litigios que dicho ejercicio origine, debiendo aplicar en este caso su propio ordenamiento jurídico sobre la base de lo dispuesto precedentemente. El procedimiento a seguir y los recursos a interponer contra las sentencias dictadas serán los dispuestos por la ley territorial.

## Conclusiones

El régimen implantado en esta Convención puede ser considerado como adecuado en cuanto es realista. Dicho régimen consiste en otorgar, en principio, tanto ingerencia a la ley del lugar de constitución de la sociedad como a la ley del Estado donde ella realiza actividades propias de su objeto. No obstante esta importante ventaja, la normativa aparece como demasiado simplista en sus planteos y repetitiva de los Tratados de Montevideo de 1889. No contiene normas sobre fusión o transferencia de sede social, importantísimas cuando se crean bloques de países integrados económicamente. El art. 5 no permite incluir en su seno esta última hipótesis. Las dos situaciones son extremadamente importantes por cuanto favorecen el tráfico jurídico internacional. Pero a nuestro juicio la omisión más grave ha consistido en no haber explicitado los elementos constitutivos de la personalidad moral. Ello motivará conflictos de

calificaciones entre la ley de constitución y la ley del Estado receptor por cuanto si la primera ley le niega dicha personalidad moral, la ley del Estado receptor tironeará la solución hacia su propio ordenamiento jurídico, reconociéndole una personalidad moral —aunque tenga efectos territoriales— en protección de los terceros contratantes con la sociedad,

Queda igualmente en pie el problema de determinar qué ley es competente para calificar a la sociedad como mercantil o como civil. Ello será fuente de un nuevo conflicto de calificaciones.

El art. 5 por su parte, alude a la sede efectiva de la administración central, sin definirla. La Convención de La Haya no obstante, al especificar que la sede social real es la del lugar donde se hubiere establecido la administración central de la sociedad aparece como mucho más consecuente con el esquema en ella planteado.

Tampoco se establece qué validez tienen los actos jurídicos realizados por la sociedad en el Estado receptor cuando la sociedad no cumplió con las exigencias legales en el Estado de origen.

En descargo de sus defectos, cabe hacer notar que se trató de una de las primeras Convenciones aprobadas por las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado y que la herencia pesaba más que los aspectos innovadores. Como estructura de carácter general ha dado sus frutos en la medida en que la codificación nacional de Argentina, Paraguay y Uruguay, han regulado el tema siguiendo los mismos lineamientos.